تذييل المعيار

المجلد الرابع

تذييل المعيار

تأليف

العالم الجليل الشيخ عبد السلام بن عثمان بن عز الدين
ابن عبد الوهاب بن عبد السلام الأسمر طيب الله ثراه

الشهير بالشيخ عبد السلام العالم التاجوري

١٠٥٨ - ١١٣٩هـ / ١٦٤٨ - ١٧٢٦م

تقديم وتحقيق

الدكتور جمعة محمود الزريقي

المجلد الرابع

WORLD ISLAMIC CALL SOCIETY
Association Mondiale de L'Appel Islamique

تــأليف: الشيخ عبد السلام العالم التاجوري
تذييل المعيـــار (الجزء الرابع)

منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية
طريق السواني ـ طرابلس ـ الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى
هاتف: 65 ـ 4808461 ـ بريد مصور: 4800293 ـ ص.ب: 2682 طرابلس
E-mail: Society@the-wics.org

سنة الطبع: 1375 من وفاة الرسول ﷺ ـ (2007) مسيحي
الرقم المحلي: / 2007 دار الكتب الوطنية ـ بنغازي
الرقم الدولي: ردمــك: - -978-9959-28 :ISBN

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كتاب الإقرار

[إذا قامت البينة على ملكية المقر له فهو نافذ، وإلا اعتبر وصية لوارث]

سئل الشيخ عبد القادر الفاسي رحمه الله، عن رجل عنده غنم، فأخذ لها رجلاً يرعاها، وزوجته كذلك، على أن يعطي الرجل أجرته، ولزوجته أجرتها لأنها تحلب الغنم، وتربط الخرفان، وتكنس للغنم، فلما أن قارب الراعي الموت، أشهد رجلاً أن تلك البقرتين لزوجته وليس له ولد معها (ص 498 ت) فحكم بعض القضاة بأن إقراره لها لا يجوز لأنه ورث بكلالة، وحكم بعضهم بأن ذلك لها، لأن لها أجرة معينة، وشهد الجيران بأن رب العمل يعطيها أجرتها في يدها، وأقر الزوج بأن البقرتين مشتريتان من أجرتها، فقام الورثة على الزوجة، فما حكم الله في ذلك؟

فأجاب: أما البقرتان فإن قامت بينة للمرأة بهما، فلا إشكال، وإن كانت البقرتان إنما تعرفان للزوج، وحين أشرف على الموت أقر بهما للزوجة، ولم يعرف ذلك إلا من قوله، وكان معروفاً بالميل للزوجة وعدم البغض لها، أو جهل حاله معها، وهو كما ذكر ممن يورث كلالة، فإقراره غير نافذ لاتهامه بالوصية للوارث[1].

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 33-34/ 1.

[الإقرار من المريض بالدين قبل الوصية بالتحبيس]

وله جواب نصه: إن إقرار هذا المريض بهذا الدين المرتب في ذمته من قبل إيصائه بالتحبيس ثابت نافذ، لأنه لمن لا يتهم عليه، ولد ولد، لكن ينتقل الكلام لورثة الموصي بالحبس، وهو الأب، فإن إقرار هذا الولد بالدين، صيره من تركة الموصي، يحتاج في إخراجه للحبس وتنفيذه إلى الشهادة بذلك، أو إقرار من ورثته، وأما من زعم أنه أعطاه الثلث بمجرد الدعوى، فدعواه غير مقبولة، لاسيما مع طول المدة المذكورة، وقسم التركة بحضرته، والله أعلم.

[الإقرار على الغير بالسرقة لا يعمل بها ومدة الحبس للمتهم بها]

وللشيخ أبي القاسم عظوم، جواب: إذا كان الأمر كما ذكر، فأما الرجل المقر بالسرقة على الرجل وولده إنهما سرقا معه، فقوله عليهما غير عامل، فإنه يدفع بقوله عن نفسه، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { ولا تجوز شهادة جان لنفسه ولا دافع عنها[1] وذلك هو المشهور من المذهب، وأما تهمة الرجل المسروق منه للرجل وولده المشهور فيهما في الوثيقة المذكورة، فتهمته ساقطة، لأن ما مر من سجنهما كاف في ذلك، لما وقع في كتاب نهاية التحصيل من غير واحد من أشياخ المذهب: يسجن المتهم شهراً، ويسجن غير المتهم ثلاثة أيام، وقال ابن القاسم- رضي الله عنه- في المدونة: إن كان المدعي عليه السرقة ممن لا يشار إليه بذلك، أدب الذي أدعى عليه ذلك انتهى. وهذا الرجل وولده قد شهد بينهما أنهما ممن لا يشار إليهما بذلك، فغاية ما عليهما سجن ثلاثة أيام، وقد ذكر في السؤال سجنهما، فهو كافٍ شرعاً والله أعلم.

---

(1) لم أجد الحديث بهذا اللفظ، وأقرب لفظ هو ما رواه البيهقي في سننه الكبرى عن الأعرج، قال: قال رسول الله صلي الله عليه وسلم: (لا تجوز شهادة ذي الظنة والجنة) والحنة الجنة الجنون، والحنة الذي يكون بينكم وبينه عداوة، ص 275/ 15، مكتبة الحديث الشريف، قرص رقم 1.

وانظر في باب الردة: من أقر أنه ضرب فلاناً، وأدعى أنه إنما ضربه لتعرضه للجناب الرفيع، وانظر في باب الحبس للإقرار بالتحبيس[1].

[الإقرار بشيء للغير يجوز إذا كان المقر مكلفاً غير محجور عليه وصدقه المقر له]

ومن خط الشيخ أحمد المكني -رحمه الله- ما نصه: مسألة رجل أقر واعترف بجميع ما بيده من المال، إنه لفلان، وصدقه فلان، هل يؤاخذ بإقراره؟

الجواب، وهو للشيخ محمد بن مقيل: إن ثبت الإقرار على وجه، وكان المقر مكلفاً غير محجور عليه، وكان المقر له أهلاً للإقرار له، ولم يكذبه، فإن المقر يؤاخذ بإقراره، فإن كان الشيء المقر به ملكاً للمقر معروفاً له، فقد قال بعض أئمتنا: إقرار الرجل في صحته أو في مرضه مما يعرف ملكه له من شيء بعينه إنه لفلان، وارث أو غير وارث، يجري مجرى الهبة والصدقة، ويحل محلها، ويحكم له بحكمها، إن حازه ذلك المقر له في صحة المقر جاز له وإلا لم يجز، قال: إلا أن يكون أقر له بذلك على سبيل الاعتذار، فلا يلزمه انتهى المراد، والله أعلم.

[من أقر عند احتضاره بخلاف ما اعترف به سابقاً يؤخذ بإقراره]

وسئل عن ما معناه: رجل مات في سفره، فأخذ رجل أجنبي ماله وكتمه، ثم اعترف أنه أخذ من تركته كذا وكذا دراهم ودفعها في دين عليه، ولا بينة له، ثم لما احتضر اعترف بأن ما أخذه باقٍ في ذمته، وبعد موته أدعى وارثه ما كان يدعيه، هل يؤاخذ بإقراره، ولا يقبل قوله ولا قول وارثه في أنه دفعه في دينه؟

---

(1) تنبيه من المؤلف إلى مسائل فيها إقرار وردت في أبواب أخرى.

فأجاب – بعد الصدر – بما نصه: إن ثبت إقرار المستولي على تركة الميت بقبض ما قبض منها، فإنه يؤاخذ بإقراره حيث كان بصفة من يلزمه الإقرار، ودعواه ودعوى ورثته من بعده الصرف في ذلك في دين الميت تحتاج لدليل شرعي، والله أعلم، انتهى من خطه.

[رجل أقر بوصية لأولاده في عقار باعه قبل الإقرار]

وسئل أيضاً عن رجل أقر بوصية لأولاده في عقار باعه قبل الإقرار؟

فأجاب: إن كانت الوصية لأولاده الموجودين وهم صغار، فبيعهم لمنابهم صحيح، وإن كانت الوصية لمن سيوجد له بعد، وإقراره بذلك خروج الملك من يده، يؤاخذ به في حق نفسه، ولا يقبل إقراره على المشتري إذا لم يصدقه، ولم يثبت ذلك ببينة معتبرة، والله أعلم.

[يجوز للوارث المطالبة بحقه خلال المدة المقررة لسماع الدعوى]

سئل شيخنا الأجهوري[1] رحمه الله: إن أثبت حق لوارث بواجب الثبوت، وأخذ البعض، فهل إذا طلب كمال حقه بعد مدة، يقبض له بحقه فيما لم تقم عليه بينة، يأخذه، أم يكون إقراره بالبعض أخذاً للكل.

فأجاب: إذا ثبت لوارث حق وأخذ بعضه، ثم طلب بعد مدة لا تقطع القيام بالحق كمال حقه، فله الطلب به حيث لم يحصل منه ما يدل على تركه من لفظ أو قرينة، والله أعلم، انتهى بخط شيخنا أحمد المكني رحمه الله.

[تعليق المؤلف على فتاوى شيوخه]

قلت:- وتأمل ما نقله عن الشيخ محمد بن مقيل في الجواب الأول فيها

---

(1) يعتبر الشيخ أحمد المكني من تلاميذ الشيخ علي الأجهوري، حيث أجازه خلال رحلته إلى الديار المقدسة في طريقه إلى الحج، ذكر ذلك المؤلف في خاتمة كتاب فتح العليم، ص 199 مخطوط.

(ص 500 ت) نقله عن بعض أئمتنا من قوله: إقرار الرجل في صحته أو في مرضه.. إلى قوله: إن حازه ذلك المقر به في صحة المقر جاز ..إلخ، فإنه يقتضي أن إقرار المريض لا يصح إذا مات من مرضه الذي أقر فيه، وهو خلاف ظاهر كلامهم، وقوله في الجواب الثاني: إن كانت الوصية لأولاده وهم صغار فبيعه لمنابهم صحيح، ظاهره: ولو باعه باسم نفسه، وقد صرح بذلك، أعني بصحة البيع في هذه الحالة الشيخ أبو القاسم عظوم في برنامجه، فراجعه، والله أعلم.

[الإقرار في حالة المرض ثم البرء منه، ومات المقر بعد ذلك]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم، عمن أقر في مرضه بأشياء لابنه، ثم صح من ذلك المرض، ومكث خمسة عشر يوماً، ثم مرض، فمات؟

فأجاب: إذا كان الأمر كما ذكر، وثبت الاعتراف المذكور الثبوت الشرعي، وقامت بينة لا مدفع فيها بأن المقر قد صح من مرضه المذكور صحة بينة، بحيث أن موته كان عن مرض بعد المرض الذي اعترف فيه وصح منه فاعترافه المذكور صحيح عامل، والله تعالي أعلم وبه التوفيق.

تذييل: اعرف ما في هذه النازلة في الورقة (...) من الجزء السابع، وما في الورقة (...) منه، انتهى.

[مسألة من أقر لزوجتيه بدين ثم مات في مرضه الذي أقر فيه]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي عن رجل توفي[1]، عن زوجتين وبنت وأخت، وكان أقر في مرضه الذي توفي فيه لكل من الزوجتين بدين، أحدهما من صداقها قبله، والأخرى من صداق زوج آخر قبضه لها، وصار في ذمته فهل يصح إقراره بذلك لمن ذكر؟

---

(1) في أصل المسألة أن الرجل المتوفى ساكن مدينة سلا.

فأجاب: إن في إقرار الزوج المريض لزوجته مع وجود أولاده الإناث والعصبة قولين: إذا كانت الإناث صغاراً منها، منع إقراره لها اتفاقاً، انتهى[1].

[حكم من أقرت بدين على زوجها المتوفى وهي عاقلة رشيدة]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل بما حاصله: زوج ميت وقع الصلح في ميراث زوجها، فأقرت لأحد الورثة بدين على زوجها، ثم انتقض الصلح، هل يلزمها؟

فأجاب: إذا كانت المرأة رشيدة، وثبت إقرارها بالدين على مورثها فإنها تؤاخذ بإقرارها في حق نفسها، حيث كان المقر له أهلاً لم يكذبها، انتهى من خطه.

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 75/ 1.

كتاب الاستلحاق

تقدم في كتاب العدة الكلام عن من أتت بولد لستة أشهر أنه للزوج الثاني، وإلا فلأول، جواب الشيخ عبد القادر الفاسي، والشيخ محمد بن مقيل[1].

[مطلقة تزوجت وأتت ببنت لستة أشهر إلا ست ليال]

وسئل، أعني الشيخ عبد القادر الفاسي عمن تزوج مطلقة منقضية العدة من طلاق زوج لها، وأتت من الثاني ببنت لستة أشهر إلا ست ليال، فاستلحقها المطلق، واستلحقها الثاني (ص 501 ت) مستظهراً برسم الطلاق أنها لا حمل بها، بذكرها ودعواها، أنها كانت تحيض بعد الطلاق، فهل سيدي تلحق بالأول أو بالثاني؟ وإذا ألحقت بالثاني، فهل تجوز له مراجعتها أم لا؟

فأجاب: أنه وقع في نوازل المعيار أن امرأة أتت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوماً، قال عياض: اختلف فيها فقهاء بلدنا، والصواب أن لا يلحق به، إذ لا يصح توالي ستة أشهر نقص، وبه أفتى أحمد بن القاضي ومحمد بن العجوز، وغيرهما، وخالفهما أبو علي القيسي، وقال أبو مهدي

(1) إشارة إلى مسائل سابقة وفيها استلحاق الولد.

عيسى الغبريني: إن المرأة إذا تزوجت بعد انقضاء العدة، ولم يكن بها حمل على قولها وذكرها، وأتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم دخل بها، وقد حاضت حيضة، فهو للثاني، وإن لم تحض وأتت به لأقل من ذلك فهو للأول، هذه نصوص المذهب، ومقتضى قواعده، والله أعلم، وانظر شيئاً من هذا في العدة(1).

[لا يفيد الإقرار في الميراث بل يجب بيان القرابة ودرجتها من الميت]

وسئل عن رجل كبر سنه وكثر ماله وتعذر بصره، وليس له وارث ثابت بالقطع، بل بالسماع، فعمد إليه وارثه بالسماع، فضمنه لداره وأخذ يقوم بجميع أموره، ويزعم أنه وارثه، ويقر له المضموم أنه وارثه، وتارة ينكره، ثم مات فنازعه وارث بيت المال، فاحتج عليه الرجل بكفالته زاعماً إرثه، وبإقراره وبالسماع الفاشي أنه وارثه، فأخذ وارث بيت المال ما عدا الأصول، وترك الأصول بيد الكافل، وذلك كله بمرأى من شيخ كبير ومسمع، ولم يدع في ذلك بدعوى تبعده أو تقربه، ما دام الكافل منازعاً لوارث بيت المال، مع طول في ذلك وتردد في الخصام حتى لقي الشيخ المذكور الكافل، فقال: أنا أشهد لك بالقرب من الهالك قطعاً، فأذهب بنا إلى حضرة عدول، فذهبا معاً حيث العدول، فقال الشيخ: أنا أشهد أن الهالك الناصر بن عبد الله بن أحمد، وأن الكافل: أحمد بن حمدون بن محمد بن حمدون بن أحمد، وأنا قاسم بن عبد الحق بن قاسم بن أحمد المذكور، فقال له بعض العدول: أنت الوارث القريب لقرب درجتك من الهالك المعصب إن ثبت قولك، فأقر له الكافل إذ ذاك بصحة قوله، بشهادة أحد العدول المذكورين، وشهد بعض العدول أيضاً أن الشيخ أقر للكافل أنه أحق الناس بإرث الهالك، وأدعى أنه كان جاهلاً بالحكم بين لنا سيدي لمن يكون الإرث ممن ذكر، والسلام؟

---

(1) المسألة مكررة حيث ذكرها المؤلف في كتاب العدة، وثم تخريج نقولها هناك.

فأجاب: إن هذا الإقرار الصادر من الشيخ المكفول غير مفيد، لتردده في ذلك، وعدم جزمه، وعلى فرض جزمه لم يبين وجه اتصاله به، وقد قال أبو إبراهيم: لا ميراث بشك، فالوراثة لا تتم إلا على القطع بأنه ابن أخ الأب (ص 502 ت) أو ابن عم لأب، أو عصبة لأب، وإلا فلا ميراث لواحد منهم، وإقرار المتوفي لمن يقر أنه وارثه مطلقاً ساقط، إلا أن يكون عالماً بالغرض مبرزاً مرضياً.

ومع هذا كله، فهذا الرجل الكافل، قد أقر واعترف أنه متأخر عن غيره في الميراث، ففي الوجود من هو أولى منه بذلك وأقرب، وهو الشيخ الثاني الشاهد المقرر نسبه ونسب الكافل، فيحتاج حينئذ إلى بينة تشهد بثبوت هذا السبب المذكور، وقال ابن لب: ولا بد في شهادة الشهود في العاصب أن يعلموا قعدده[1] من الموروث، بأن يعرفوا أنه ابن عم بدرجتين أو درجة، أو ثلاث أو أربع، هكذا بتعيين الدرجة مع أنهم لا يعلمون أقرب إلى الميت منه وحينئذ يستحق الميراث، وإلا فلا، والله تعالى أعلم، انتهى[2].

[من أقر بأن فلاناً أخ أخي، ويقول أحياناً إنه ليس بأخ ثم توفى]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم، عن رجل كان في قائم حياته يقول في بعض الأوقات: فلان أخ لرجل آخر أخي، ويقول في بعض الأوقات: أنه ليس بأخ، ثم توفى الرجل القائل المذكور، فأفتى فلان الرجل المذكور أنه أخوه بما ذكر، وترك الرجل المذكور بنتاً فقط، ثم توفيت البنت وأدعى فلان المذكور أنه يستقل بإرثها، فهل اعتراف المتوفى في حياته بما ذكر لا يفيد فلاناً المذكور ولا يكون بذلك حاله، أو تثبت له بذلك الأخوة، ويستحق ميراث البنت دون بيت المال والحال أنه لا يعرف أحد أباها ولا جدها ولا نسبتهما بوجه؟

---

(1) القعدد: القريب الآباء من الجد الأعلى، وقيل البعيد الآباء، المعيار المعرب، ص 169/ 7، ونفس المعنى في ترتيب القاموس المحيط، مادة قعد، ص 656/ 3.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص82-83/ 1.

فأجاب: إذا كان الأمر كما ذكر، ولم يظهر للمقر وارث غير البنت المذكورة، ففي إعمال إقراره وقبوله قولان: الأول إعماله وقبوله، وهو قول ابن القاسم في سماعه، مع ابن رشد عن ابن القاسم في المدونة، وعن سحنون في نوازله، والباجي عن مالك وجمهور أصحابه، وأصبغ وأول قولي سحنون والقول الثاني: إقراره غير عامل، وهو ثاني قولي سحنون مع أشهب، وبالقول الأول أفتى ابن عات، والعمل جرى على قول ابن القاسم[1].

[علاقة الإقرار بالنسب وبالميراث]

ومعنى قبول الإقرار في المال لا في النسب، لأن ابن القاسم قال: إذا لم يثبت للمقر له بنسب، أخذ المال، وأصبغ قال في المستخرجة: للمقر له الميراث حتى يأتي وارث معروف النسب، وما وقع في موضع من البرزلي، من جَري العمل بكتب الإقرار وبكتب النسب تحته[2]، مبني على وجود من يعرف النسب، والفرض في مسألة قول ابن عتاب الذي نقل عنه، أنه لا يعرف التعصيب إلا من إقرار المقر، وفي السؤال (ص503 ت) أعلاه أنه لا يعرف أحد أباها ولا جدها ولا نسبها، فبهذا الأصل طابقت النازلة قول ابن القاسم وقول أصبغ وفتوى ابن عتاب.

وأما قول المتيطي وابن يونس: إن قول ابن القاسم شاذ، وفتوى ابن عرفة لا يحصل النسب ويثبت المال إلا بشاهدين[3]، ففي ذلك نظر، لأن ابن رشد عزا القول بقبول الإقرار لابن القاسم في المدونة، وقد قال ابن سهل: المعمول عليه في الفتوى والأحكام قول ابن القاسم، لاسيما إذا كان في المدونة، قال ابن فرحون: قول ابن القاسم هو المشهور في المذهب إذا كان في المدونة وعزا غيره القول بأعمال الإقرار لابن القاسم في سماعه.

---

(1) يراجع بسط الأقوال في مواهب الجليل للحطاب، كتاب الاستلحاق، ص 245/ 5.

(2) فتاوى البرزلي: وجرى به العمل اليوم أنه يعرف المورث ويثبت تحته النسب بعد ذلك، ص 511/ 3.

(3) فتاوى البرزلي، ص 511/ 3.

[المقصود بالمشهور هو ما رواه ابن القاسم عن مالك]

وقد قال الشيخ اللقاني: قول ابن القاسم عن مالك، هو مشهور في المذهب، لأن قول العلماء: هذا القول المشهور، معناه هو ما رواه ابن القاسم عن مالك، وهذا القول صدر به البرزلي، وقد قال الشيخ ابن راشد[1]، عادة الموثقين أن القول الذي يبدأون به هو القول المشهور، ونقله ابن فرحون عن ابن راشد ولم يحك ما يخالفه.

ووقع في المختصر: وإن أقر عدل حلف ويرث ولا بنسب[2]، بهرام: أي فإن كان المقر عدلاً واحداً حلف المقر له ورد ولا يرث، ورد ولا يرث بذلك نسب المختصر: وإلا فحصة المقر، كالمال[3] بهرام: وإن لم يكن المقر عدلاً فإن المقر به لا يرث إلا من جهة المقر فقط، هذا نقل ابن شاس، وتبعه صاحب الذخيرة وابن الحاجب، وبنحوه للباجي، والمذهب على ما نقله العلماء من أصحابنا أنه لا فرق بين العدل وغيره في ذلك.

[لا ينفع الرجوع عما أقر به من حقوق للآخرين في الأموال]

وإذا كان المقر به يأخذ من تركة الميت غير المقر بسبب إقرار وارثه الغير العدل، فلأن يأخذ من تركة المقر نفسه أحرى وأولى، وإنكار المقر في النازلة بعد إقراره لا يفيد، لأنه لما أقر لزمه حكم إقراره على نفسه، وإنكاره إنما يفيد في منعه هو، المقر المنكر من يرث ممن أنكره، ووقع ذلك في المختصر، إذ القاعدة ألا رجوع عما أقر به من حقق الآدميين من الأموال، نقله البرزلي عن ابن الحاج، بنص: أجمعوا على ذلك[4]، والله تعالى أعلم

---

(1) هو ابن راشد القفصي، تقدمت ترجمته.

(2) مختصر الشيخ خليل: وعدل يحلف معه ويرث ولا نسب، ص 222.

(3) مختصر الشيخ خليل، ص222، والمسألة أكثر وضوحاً في التاج الإكليل للمواق، ص 248/ 5.

(4) وفيه أجمعوا أنه لا ينفع الرجوع عما أقر به من حقوق الآدميين من الأموال، فتاوى البرزلي، ص 504/ 3.

وبه التوفيق، انتهى، ثم تذييله: تبيين محل ما نقله فقط[1]، فراجعه والله أعلم.

[إذا اختلفت المرأتان في تعيين مولودهما عقب الولادة]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عن حرة وأمة باتتا في بيت، فولدتا واختلفتا في الأولاد؟

فأجاب: وأما اختلاط ولد امرأة وأمة ولدتا (ص 504 ت) وجهل ما لكل منهما فإنه تدعى الفاقة، وتعينهما بالتوسم، ويكفي فائق واحد، انتهى[2].

(1) أي أن تذييل هذه المسألة لا يوجد به رأي فقهي وإنما اقتصر فيه على بيان المصادر التي نقل منها، لذلك لم ينقله المؤلف هنا.

(2) - أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 34/ 2.

كتاب الغصب والتعدي

[حكم من يعطي عن طريق الحياء والحشمة ومدى توافقه مع الشرع]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، والسائل له: سيدي عبد الله العياشي[1]، على ما وجد مكتوباً في (. . . . .)[2]، بخط الشيخ أحمد المكني -رحمه الله- ما نصه: قد نص جماعة من الأئمة أن ما وهبه الإنسان حياء لا يطيب له ذلك، كما هو عند الغزالي، وغيره، وجل المعاملات من القرض والعارية ووجوه الأرفاقات لا تخلو في الغالب من الحياء، ولولا الحياء وصون الوجه من رذيلة البخل، لما قضيت حاجة لأحد في الغالب: وهل الحياء من وجوه الإكراه الذي لا يمضي تصرف لصاحبه في الشريعة، إذا تحقق ذلك، كما نصوا على ذلك في المرأة إذا وهبت لأخوتها ما ورثته من أبيها، إن ذلك لا يمضي إذا كان العرف أن الأخوات لا يأخذن ذلك، لأنها إنما فعلت ذلك لأجل الحياء وخوف المعرة، فاحتيج إلى الفرق بين الحياء الذي لا يمضي تصرف صاحبه، والذي يمضي؟

(1) لم يرد في الأجوبة المطبوعة حجرياً، ما يفيد أن السؤال موجه من عبد الله العياشي.

(2) خط غير واضح بمقدار ثلاث كلمات.

[تعريف الحياء والأسباب والدوافع التي تؤدي إليه]

فأجاب: إن الحياء انقباض يعتري النفس خشية ارتكاب ما يكره، وبسببه تقع المسارعة من النفس إلى ارتكاب ما يرفع ذلك المكروه عنها، من معونة وأخذ باليد أو بقول معروف، أو عارية، أو قرض، أو إرفاق مما هو من فعل الناس، وجار بينهم بسهولة وسماحة وطيب نفس، وإن كان باعثه أولاً الحياء كما ذكر، إلا أنه لم يستمر بحيث تبقى النفس متعلقة بما فعلته، ومستكثرة له إذ ذاك، شأن ما يشوبه شيء من العوارض الزائدة على هذا الباعث من إلجاءٍ واضطرار، كأن يقع من الطالب إلحاح ولزوم للمطلوب متى لم يملك من أمره شيئاً حتى يفعل ما يفعل، [وهو غير مختار في نفسه، «ولا يحل مال امرئٍ مسلم إلا عن طيب نفس»[1].

[حكم ما يقوم به بعض المنتمين للفقراء من تهديد أو وعيد من لم يكرمهم أو يعطيهم]

ومن ذلك كون الطالب ممن له وجاهة ومكانة في القلوب، دينية أو دنيوية، فيلحق المطلوب من أجله حشمة وخجل أو خوف، لما يتوهمه من لحقوق ضرر][2] إن لم يفعل في حاله أو بدنه أو أهله، كما يفعله المنتمون للفقراء في هذه الأزمنة من التهديد والوعيد لمن لم يكرمهم ولم يعطهم، وهو من الأكل بالدين والسحت، لأن هذا الحياء شبيه بالغصب، لما فيه من قهر النفوس وإلجائها إلى ذلك الفعل، لما يتوهمه من ذلك الوعيد الكاذب، وسواء كان ذلك تصريحاً أو تلويحاً أو إشارة.

[قرائن الأحوال يستدل بها على الحياء الشبيه بالغصب والحياء العادي]

والتفرقة بين هاتين الحالتين مرجعهما إلى قرائن الأحوال، وما يجده

---

(1) حديث رواه ابن عبد البر، قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا يحل مال إمرئٍ مسلم إلا بطيب نفس منه، الاستذكار، ص 145/ 7.

(2) ما بين القوسين سقط في (ت).

الإنسان في نفسه «فإن الأثم ما حاك في الصدر»[1]، ومن له قلب مستقيم لا يخفى عليه، وقد أشار إمامنا مالك رضي الله عنه إلى هذه الأحوال، ففي العتبية من سماع أشهب سئل مالك عن مسألة الوزن: هل يسأله أن يميله، أي لسان الميزان، قال: لم أر ذلك من وجه المسألة (ص 505 ت) قال ابن رشد: إنما لم ير ذلك من ناحية المسألة، لأن ذلك مما مضى على فعله الناس، إذ هو من التسامح في البيع الذي يندب إليه المتبايعون، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «رحم الله عبداً سمحاً إذا باع، سمحاً إذا ابتاع، سمحاً إذا قضى، سمحاً إذا اقتضى»[2]، وكذلك سؤال الوضيعة بعد البيع، انتهى[3].

[حكم من يشتري السلعة ويرغب فيها ثم يطلب من البائع تخفيض الثمن]

قال الإمام القباب: ومعنى الوضيعة أن يسأله أن يضع له من الثمن، أو يترك له بعضه، وفي سماع أشهب أيضاً: وسألته عن الذي يشتري السلعة فيتغبط ثم يسأل أن يوضع له، وهو مغتبط، فقال: ما أرى بذلك بأساً، وما زال هذا من أمر الناس، وما هذا من وجه المسألة التي نهي عنها إذا كان ما يسأل مسألة معروفة، فأما مسألة الإلحاح والتضرع والتشكي فإني أكرهه، والذي اشترى السلعة ثم يقول وهو مغتبط: إن لم تضع لي خاصمتك، فهذا لا خير فيه[4].

ففي سماع ابن القاسم: وسئل عن الرجل يبتاع السلعة ثم يستوضع صاحبه من ثمنها، وهو مغتبط بالسلعة، أترى ذلك حلالاً، قال: أما حلال فنعم، وغيره أحسن، قال ابن رشد: هذا بين على ما قال، أنه يستوضع منه وهو المغتبط ببيعته، حلت له الوضيعة، وأرى ترك ذلك أحسن، لقول النبي

---

(1) جزء من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: البر حسن الخلق، والإثم ما حاك في صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس. صحيح مسلم، ص 1980/ 4.

(2) رواه الإمام ابن ماجة في السنن، حديث رقم 2203، ص 742/ 2، وليس به جملة سمحاً إذا قضى، وأخرجه البهيقي أيضاً في السنن الكبرى، ص 357/ 1.

(3) البيان والتحصيل لابن رشد، كتاب جامع البيوع، ص 354/ 7.

(4) البيان والتحصيل، كتاب جامع البيوع الثاني، ص 348/ 7.

صلى الله عليه وسلم، لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إن خيراً لأحدكم أن لا يأخذ من أحد شيئاً»[1] وقوله «اليد العليا خير من اليد السفلي»[2]، ولم ير عليه فيه حرجاً ولا إثماً ولا ضيقاً إن فعله، إذ لم يره من ناحية المسألة المنهي عنها، لما مضى من أمر الناس على هذا، واستجازتهم له، ولما أشبه عنده من استعارة الدابة والثواب، ما لم يلح ويتضرع ويتشكى[3]، فإن ذلك مكروه لا ينبغي، قال ذلك مالك في سماع أشهب، وهو صحيح لأنه إذا فعل ذلك أشبه ألا يضع عنه طيب النفس، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه[4] قال: وإما إن قال إن لم تضع لي خاصمتك، فلا خير فيه، وهذا بين أن ذلك لا يحل له ولا يجوز، لأنه يضع عنه مخافة مخاصمته إياه، فإن فعل ذلك وجب عليه أن يرد وضيعته إليه، أو يستحله منها، أو يكافئه عليها[5].

[ما يجوز أخذه بالصلح وما يجوز أخذه بالأحكام]

قال الإمام أبو العباس القباب: قف على هذا الفصل، فإنه خلاف ما يعتقده كثير من الناس (ص506 ت) عند مخاصمتهم، ويجور بعضهم على بعض، فيندبهم نادب إلى الصلح، ويقول: خذ فما تأخذه بالصلح فهو حلال خير لك مما يحصل بالأحكام، وما قاله ابن رشد هنا هو الحق البين، لأن ما يدفعه المخاصم خوفاً من الخصام أو اليمين، إن لم يكن واجباً عليه، فلا يحل

(1) الحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ بلفظ (إن خيراً لأحدنا) باب ما جاء في التعفف عن المسألة، رقم 1587.

(2) رواه الإمام مالك في الموطأ، حديث رقم 1881، ص 662، كتاب الصدقة.

(3) في أجوبة الفاسي، ويشتكي، ص 70/ 2.

(4) رواه الإمام أحمد في مسنده: من اقتطع مال امرئ مسلم بغير حق لقي الله عز وجل وهو عليه غضبان حديث رقم 3946، ص 22/ 6، والتمهيد لابن عبد البر، ص 230/ 10، وقد سبق تخريجه من الاستذكار، ص 145/ 7.

(5) البيان والتحصيل لابن رشد، ص 279-280/ 7.

أخذه، والله أعلم، انتهى. فتأمل ذلك، فإنه فرق بين ما يكون بإلحاح وغيره وبين ما يكون بتخويفه بخصام فيجب رده وغيره.

[حكم ما يمضي من تصرف صاحب الحياء وما لا يمضي]

وأما ما يمضي من تصرف صاحب الحياء وما لا يمضي، فاعلم أنه تقدم إنه إن كان مما تحقق أنه لم تطب نفس صاحبه به، إنه يجب رده، ولا يحل لآخذه، وإن كان في ظاهر الأمر صحيحاً عنده، لكن القضاء بإبطال التصرف وفسخ العقود، إنما يقوم مع قيام ما يشهد لدعوى الإلجاء والقهر بتوقع ضرر أو معرة، لا بمجرد الدعوى، فإن شهد العرف والعادة لمدعي ذلك، وكان فاشياً معلوماً في ذلك الموضع، قضي له بدعواه، كنساء البادية في عدم الإرث دون الحاضرة.

[هبة البنات والأخوات والعمات باطلة إذا كانت على وجه الحياء]

قال الشيخ الونشريسي في جواب له: إن هبة البنات والأخوات والعمات من أهل البوادي باطلة مردودة، لهن الرجوع في حياتهن متى أحببن، ولورثتهن بعد وفاتهن(1)، لما فشا وعلم أنهن مقهورات مغلوبات، ولو امتنعن من الهبات وسائر التبرعات على آبائهن وأخوانهن وأعمامهن، وبني أخواتهن لأوجب ذلك استهانتهن والغضب عليهن، واقصاءهن وعدم نصرتهن، والأخذ بأيديهن عند احتياجهن إلى ذلك، ويقال أيضاً: إن ما فعلن من ذلك، إنما هو على وجه الحياء والحشمة من قرابتهن، وما يتوقعن من لحقوق المعرة لهن إن امتنعن من الإجابة لما سئل منهن.

[يدخل في الحياء تبرئة المحضون والمنفق عليه للحاضن والمنفق]

ولذا قال الغزالي في آخر باب أصناف المغترين من كتاب الإحياء: سيف

(1) العيار المعرب للونشريسي، ص 153/ 9.

الحياء أقطع من سيف الجور، انتهى[1]، انظر كيف علل ذلك بالفشو والعلم وكان ذلك قام مقام البينة على الدعوى، ومثل ذلك تبرية المحضون والمنفق عليه للحاضن والمنفق، والله أعلم، انتهى[2].

[حكم ما يقرره شيوخ القبائل من غرامات ووظائف تخالف الشرع]

وسئل عن شيوخ بلاد البادية، يقولون للعامة: من فعل شيئاً من الفواحش فعليه مثقالان أو أقل أو أكثر، ومن سرق يعطي كذا وكذا، وهل ذلك حلال أم لا؟

فأجاب: وأما ما ذكر من المغارم والوظائف الملقبة بالأنصاف، فشيء لا يحل في دين الله، وفي السياسة الشرعية التي رتبها الله لعباده للتناصف بينهم وضبط معيشتهم في الدنيا، غنية وكفاية عن سياسيات الجاهلية، والعاقل لا يؤثر ما شرعه الله واختلقه الآدمي (ص 507 ت) بأهوائه وضلاله على ما شرعه الله ورسوله، وقد قال تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[3] [4].

[لا تجوز العقوبة بالمال، ولا يحل أخذه ولا أكله]

وله جواب من هذا المعنى، نصه: إن ما ذكر من أخذ المال من الجاني بسرقة أو زنا أو قتل، أو غير ذلك من الفواحش التي رتب الشارع عليه ما رتب من الحدود والتعزيرات، فحرام لا يحل أخذه ولا أكله، وما يزعمه فاعل ذلك من رعاية المصالح باطل، بل هو افتئات وتقدم على الله ورسوله بمجرد الهوى

---

(1) في (ت) سيف الحوز، وهو تحريف، وفي الطبعة الحجرية لأجوبة الفاسي: الجور في المتن، وفي الهامش الجوى، ص 71/ 2، ولم أعثر على هذا النص في إحياء علوم الدين للغزالي في المكان الذي وردت الإشارة إليه، طبعة دار المعرفة، بيروت، 1402-1983م.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 69-72/ 2.

(3) سورة النور، الآية 63.

(4) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص184-185/ 1.

والشهرة، والمصلحة والمنفعة إنما هي فيما شرعه الله لعباده، وقد قال تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ﴾ الآية، ومن لا تصلحه السنة لا تصلحه البدعة، وفتح هذا الباب والقول به يجري إلى تعطيل الشرائع ودستورها والرجوع إلى قوانين سياسات كسياسات كسرى، وقيصر[1]، وكفى بذلك جرماً، وإثما مبيناً، انتهى[2].

[نقل المؤلف بعض المخالفات للعقوبات الشرعية في تركيا]

يقول جامعه عبد السلام [التاجوري] مما يؤيد قوله: ومن لا تصلحه السنة .. إلخ، ما أخبرني به بعض مشائخنا أنه عاشر في بر الترك بعض أرباب الدولة، [له] مماليك كثيرة، قال: إذا شرب أحد منهم خمراً، أو فعل شيئاً [محرماً] أكثر له من الضرب، وهم مع ذلك لا يزدادون إلا وقوعاً، قال: فأمرت أن يقيم عليهم الحد الشرعي فقط، ففعل.

[مسائل في المال المغصوب وحكم التعامل به واستغراق الذمة بالمال الحرام]

وسئل[3] عن رجل له حظ في رحى ماء مكرى بدقيق، وعادة الصناع بالبلد أنهم يقبضون أجرتهم ممن يطحنون له دقيقاً، ويدفعون منه الكراء لأرباب الأرحى، ثم إنه لما وقعت هذه الغارات بالبادية، وصار ينقل للحاضرة القمح وغيره من سائر المغصوبات وأكثر الناس لا يتوقون، فلا بد حينئذ من دخول هذا الزرع المذكور بيد الصناع، فيطحنونه ويدفعون منه الكراء، فهل يجوز لرب الرحى قبض هذا الدقيق في الكراء، مراعاة لمن يقول: انقلاب الأعيان لها تأثير على الأحكام، وأنه صار ذلك كخلق جديد.

---

(1) كسرى لقب لملك الفرس، وقيصر لقب ملك الروم.

(2) العقوبة بالمال موضع خلاف بين الفقهاء القدامى والمحدثين، يراجع التقسيم والتبيين، ص 363 هامش (2).

(3) المسؤول هو الشيخ عبد القادر الفاسي.

ويؤيده ما نقله الإمام المواق عن المازري في أول كتاب التفليس من شرحه للمختصر، ونصه: وقال المازري: وإذا غصب قمحاً فطحنه ضمن مثله قال ابن القاسم، ولا يمكن رب القمح من أخذ الدقيق خلافاً لأشهب، إلا إن طحن القمح سويقاً ولته[1] بسمن، فيتفق أشهب وابن القاسم، أن ليس لرب القوم أخذه كذلك، ولا أخذ بعضه عن قمحه لأنه ربا، انتهى[2]. أو لا يجوز؟ وهل الشاة إذا ذبحت، مثل القمح إذا طحن، فتدخل في ضمان الغاصب لكونه فوتها على ربها بالذبح؟.

ويشهد له ما نقله الإمام المواق أيضاً عن ابن رشد، ونصه: قال ابن رشد: كره مالك الشراء من لحم شاة، تلقَّى الجزار شراءها، مراعاة لقول من يقول: إنه بيع فاسد، والقياس على من يقول هذا جواز الشراء، لأن بذبحها فات بيعها الفاسد، ووجبت له بقيمتها، فالمشتري من لحمها إنما اشترى لحم شاة قد صح ملك بائعه له لدخول الشاة في ضمانه، انتهى[3]. إذ مقتضاه أنه قد طاب ذلك للغاصب، ولو لم يرد لرب الشاة القيمة.

[هل المال المغصوب يكون في ذمة الغاصب أو لا يطيب له إلا برد القيمة؟]

وينظر له ما قاله المواق، لما تكلم على مستغرق الذمة، وهو أن الحرام إذا تعلق بالذمة صار ما بيد صاحبه مالاً من ماله، يقطع من سرقه له.. إلخ[4] والذي للشيخ راشد الوليدي في بعض تآليفه: أنه لا يطيب ما بيد الغاصب لصاحبه حتى يرد للمغصوب المثل أو القيمة، إما بتراضيهما، أو بحكم الحاكم، وأما قبل ذلك فلا يجوز التصرف فيه بوجه[5]، فاذكروا لنا سيدي ما

---

(1) لت، يلت الطعام، صار ملتوتاً: أي ممزوجاً بشيء ماء أو غيره، جمهرة اللغة، 42/ 1.
(2) التاج والإكليل للإمام المواق، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، ص 35/ 5.
(3) التاج والإكليل للإمام المواق، ص 35/ 5.
(4) التاج والإكليل للإمام المواق، ص 34/ 5.
(5) كتاب الحلال والحرام لأبي الفضل راشد الوليدي، ص 154.

المعول عليه من كلام هذين الشيخين، وهل يجوز لرب الرحى أن يكريها بالدراهم، ولا عليه في الدراهم، سواء كانت من ثمن الدقيق المذكور أو لا؟ لما نقله المواق من المدونة، ونصه: قال في المدونة: فإن كان قد اشترى ذلك الشقص بدنانير أو دراهم مغصوبة، فلك أن تشفع في ذلك الشقص، لأن الدنانير والدراهم لا تتغير، إلى آخر كلامه، انتهى[1].

[مسألة في كيفية التصرف في المال الحرام]

وعلى هذا أيضاً، هل يجوز شراء القمح المغصوب بعينه قياساً على الدراهم، لأنه مثلي لا يتعين أو لا؟ فإذا جاز كراء الرحى بالدراهم كما وصف فهل يعرض في ذلك شيء، وهو بيع الطعام قبل قبضه، لكون عقدة الكراء كانت في الدقيق ففسخت في قيمته أو لا؟ وإذا جاز جميع ما ذكر، فهل يختص ذلك بالفقراء والمساكين الذين لا يجدون مندوحة عن شراء ما في الأسواق أو لا؟ وعلى المنع، فهل رب الرحى يمنع من كرائها، لأنها صارت حينئذ معدة لطحين المغصوب فيها أو لا؟ وإلى متى يتحرز من شراء ما في الأسواق إذا كانت المسألة ممنوعة، فهل إذا انقطع ظهور ذلك من الأسواق، وكان يتميز بعينه من غيره من الحلال، يجوز ولو غلب على الظن بقاء شيء منها في مخازن الناس؟ [جواباً شافياً مأجورين مشكورين والسلام][2].

فأجاب: إن المسألة تكلم عليها الإمام القاضي أبو الوليد بن رشد في المقدمات وفي الأجوبة (ص 509 ت) ونقله ابن سلمون، قال: المال الحرام إما أن يكون قائماً بعينه لم يفت، رد لأربابه، أو إلى ورثته إن علموا، وإن جهلوا تصدق به عليهم، كما تقدم، يعني من أن حكمه حكم الصدقة، أو صرف في الوجه الثاني على القول به، يعني من أن حكمه حكم الفيء، فيوضع في أهم أمور المسلمين، ولا يحل لمن هو بيده أن يتركه عنده، ولا لأحد أن يشتريه

(1) التاج والإكليل للإمام المواق، ص 34/ 5.

(2) ما بين القوسين سقط في (ت).

منه، ولا يبايعه فيه إن كان عيناً، ولا يأكله إن كان طعاماً، ولا يأخذه في حق له عليه، ولا يقبله هبة، ولا يرثه عن الذي يتركه، ومن فعل شيئاً من ذلك، وهو عالم، كان سبيله سبيل الغاصب في جميع أحواله.

قال ابن رشد: وكذلك إن فات عند الغاصب، إفاتة لا تقطع تخيير صاحبه في أخذه، كذبح الشاة، وبناء البقعة، ونحو ذلك، أو أفاته أيضاً إفاتة تلزمه فيها القيمة أو المثل، كالفضة يصوغها حلياً، أو الحرير يعمل منه ثياباً وشبه ذلك، فلا يجوز أيضاً فيه شيء مما ذكر، بخلاف[1] من يقول من العلماء أن له أن يأخذ الفضة معمولة، والثياب منسوجة دون شيء، فلو غصب رجل قمحاً فطحنه، أو شاة فذبحها وصنع منها طعاماً، لما ساغ لأحد أكله، وإن كان قد أنفق فيه نفقة، على قول من لا يرى له إلا القيمة أو المثل.

قال: والأصل في ذلك أن ما كان لاختلاف بين العلماء في أن صاحبه يخير في أخذه بعينه، فلا يحل لأحد شراؤه، وما فيه اختلاف قوي لم يجز اشتراؤه مراعاة للخلاف، وما كاف فيه اختلاف ضعيف قويت الكراهة في اشترائه، وما كان لا اختلاف في أنه لا حق للمغصوب في عينه، ولا تخيير له في أخذه، فيكون له اشتراؤه حتى يصلح شأنه مع المغصوب منه، فإنه أفاته بعوض، فلا يحل لأحد ذلك العوض بشراء ولا غيره، كان ذلك العوض عرضاً أو دنانير أو دراهم، أو أياً ما كان، ولا أن يبيعه أحد شيئاً بتلك الدنانير والدراهم بأعيانها، وإن لم يكن مستغرق الذمة، إلا على تأويل ضعيف وكذلك الغلات لا يجوز لأحد أن يبتاع شيئاً منها كلها، كانت ثمرة نخل أو لبن ماشية، أو خراج دقيق، أو كراء مسكن، أو غير ذلك، ولا أن يقبل شيئاً من ذلك على وجه الهبة أو العطية أو غير ذلك.

[حكم غلة المغصوب لمن تكون]

قال: وأشدها في التحريم لبن الماشية وصوفها، وثمر الشجر، ثم كراء

---

(1) في ت: وفي الطبعة الحجرية لأجوبة الفاسي، بحلالة، وهو تصحيف لا يستقيم به المعنى.

المسكن، ثم كراء الحيوان والثياب، إذا اختلف في ذلك كله، فقيل إنه ليس للغاصب من الغلات كلها شيء، لقوله، صلى الله عليه وسلم: «ليس لعرق ظالم حق»[1]، وقيل إنها كلها له لقوله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان»[2]، (ص510 ت) وقيل ليس للغاصب من ذلك إلا كراء الحيوان والثياب خاصة، وهو الذي يأتي على أحد قولي مالك في المدونة، وقيل كلها للغاصب إى ما كان متوالداً عن شيء، كاللبن والصوف والثمر، فهي لصاحبها لأنه يشبه ولادة الحيوان التي هي لصاحبها باتفاق.

[إذا فات الشيء المغصوب فيكون في ذمة الغاصب]

ثم ذكر القسم الآخر، وهو ما إذا فات وترتب في ذمة الآخذ، وذكر التفصيل المعلوم في معاملة من كان غالب ماله الحلال، أو غير ذلك، فانظره وما ذكرناه واف بغرض السؤال، والله أعلم[3].

[المجزرة إذا كان الغالب عليها الغصوب]

أما قولكم: هل ذبح الشاة كطحن القمح، فقد رأيت في كلام ابن رشد أنهما من التفويت الذي لا يقطع تخيير المغصوب، وفي ابن سلمون: وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها، وكان قد سئل المازري عن لحوم المجزرة إذا كان الغالب عليها الغصوب، هل شراء اللحم بالجزاف أخف؟ أم من فقراء الجزارين؟ أو الشاة الفائتة أكثرها بالبيع والتقطيع؟

---

(1) نص الحديث كما أخرجه أبو داوود والترمذي وأحمد من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق، الجامع الصغير، 161، وأخرجه الإمام البخاري عن عمر وابن عوف، ص48/ 4 وجامع الأصول لابن الأثير، ص 249/ 1.

(2) الحديث ورد في مختصر المقاصد الحسنة للزرقاني، ص 102، وأخرجه الحاكم في المستدرك ص 15/ 2، وجامع الأصول لأبن الأثير، رقم 440، ص 28/ 2.

(3) المقدمات الممهدات، لابن رشد، ص 489، وما بعدها، الجزء الثاني، ومسائل أبي الوليد بن رشد، ص 567/ 1، 572/ 1.

فأجاب: إذا كان المبيع غير المغصوب، فلا خلاف في عدم جواز الشراء منهم، وسواء فات أكثر المغصوب أو لم يفت، إذ لو أدركه المغصوب منه لكان له أخذه، ولو فات أكثره بغير خلاف، وإنما ينظر للأقل والأكثر في حكم الفوات إذا طلب إغرام القيمة وإذا لم يمنع من أخذ الأقل، فلا يحل شراؤه[1] قال الإمام البرزلي: وما ذكره من رد الشاة المذبوحة ما دامت قائمة، نص عليه ابن يونس في كتاب الصرف، ولم يحك الإمام فيه خلافاً[2].

[استرجاع اللحم من الغاصب بعد طبخه]

وكان شيخنا الفقيه الإمام - رحمه الله - يحكي من طريق ابن رشد فيه خلافاً، ويجعله بمنزلة الخشبة إذا جُعلت باباً، وكان يتقدم لنا أخذه من مسألة الشاة إذا وجد جوفها أخضر، أو غير ذلك من العيوب بعد ذبحها، فهل يصح أن يردها على ربها ويدفع قدر ما نقصه بالذبح؟ وهو غير شيئه، أو لا يأخذها لأنه من باب أخذ اللحم عن الحيوان؟ وكان يحكي من رواية المازري أنه إذا طبخ فقد فات بغير خلاف، وهذا إن كان معه إبزار فواضح، وإلا ففيه نظر لامتناع التفاضل بينه وبين أصله، انتهى[3].

[هل يعتبر الذبح تفويتاً للشاة يمنع ردها أم لا بد من طبخ اللحم؟]

فقد تبين وجود اختلاف في ذبح الشاة، هل هو تفويت؟ واقتصر ابن سلمون على أنه تفويت، ونقل الطعام أيضاً تفويت كطحنه، قال الإمام أبو الحسن الأبياري[4]، من غصب زرعاً لم يشتر منه في موضعه، فإن نقله إلى مكان بعيد وتكلف حمله، سقط حق ربه من عينه عند مالك وابن القاسم (ص

(1) فتاوى البرزلي، ص 171/ 3.

(2) فتاوى البرزلي، ص 172/ 3.

(3) شيخنا الفقيه يعني ابن عرفة، فتاوى البرزلي، ص172/ 3

(4) هو الإمام شمس الدين علي بن إسماعيل الأبياري، تقدمت ترجمته.

511 ت) ولم يكن له على الغاصب إلا مثله في مواضع غصبه، وخالفه غيره في ذلك[1]، وقال ابن عبد السلام: وأما الطعام الذي نقلوه غصباً من مكان بعيد فأشهر الأقوال إنه يجوز شراؤه منهم، لكن بشرط التوثق لأربابه، وهذا الشرط في زماننا كالمتعذر، هذا إن عرف أربابه، وأما إن لم يعرفوا بأعيانهم، فيعود حكم الطعام إلى حكم ما تقدم، انتهى.

[يجوز معاملة مستغرق الذمة بالتوثق لأصحاب الأموال المغصوبة]

وأشار بما تقدم إلى قوله: إن الغصَّاب إذا لم يعلم أعيان المغصوب منهم، هل حكمهم حكم المفلس، أو حكم من أحاط الدين بماله ولم يفلس وهو أظهر القولين عندي، وهو الذي تجري عليه فتاوى أفريقية، فعلى هذا القول، تجوز معاملتهم إذا دفع إليهم في الثمن مثل قيمة ما أخذ منه، وأكثر من القيمة، ولا يجوز قبول معروفهم على ما هو معلوم فيمن أحاط الدين بماله انتهى.

وما ذكره من منع الشراء حتى يتوثق منه أربابه، يعني برهن أو ضامن وهو المراد بقول صاحب المختصر: ومنع منه للتوثق[2]، وهو مما لا خلاف فيه، والتقييد بمعروف الأرباب هو كذلك عند غيره[3].

[مسألة من يتوسم فيه العلم يشتري لحماً حراماً]

فقد سئل السيوري: عمن يتوسم بالعلم فيشتري لحماً حراماً، فقيل له في

(1) كتاب الورع للأبياري، ص 67.

(2) مختصر الشيخ خليل، ص 226.

(3) معاملة من كان ماله من الحرام كالغصب أو غيره، تعددت فيها أقوال العلماء، وقد جمع هذه الأقوال تفصيلاً أبو زكريا يحيى بن الوليد الشبلي في كتابه التقسيم والتبيين في حكم أموال المستغرقين، تحقيق الدكتور جمعة محمود الزريقي، نشر المنظمة الإسلامية للثقافة والتربية والعلوم، الرباط/ المغرب، 1993م.

ذلك، فقال: هو حلال: لأني فقير، فهل يقدح في شهادته أم لا؟ وهل يسمع منه الحديث والعلم أم لا؟

فأجاب: لا يجوز أكل اللحم، ومن هذه صفته لا يبث العلم، قال البرزلي: إن كان هذا اللحم من حيوان قوم معينين، فما أفتى به صحيح، لأن أربابه أحق به ما يتلف، وإن كان الحرام لغير معين، فاختلف العلماء فيه[1] يعني اختلافهم فيما بيد مستغرق الذمة إذا لم يعلم أعيان المغصوب منهم، كما تقدم عن ابن عبد السلام، ومثله إذا لم يكن عين المغصوب قائماً.

وأما كلام الشيخ راشد الوليدي فإنه لا يعارض ما تقدم لغيره، لأنهما جهتان، وكل تكلم من جهة، وهي جهة الغاصب في نفسه، والبراءة من التباعة، وجهة معاملته وتصرفه، أما هو في نفسه، فإنه لا يسقط عنه الطلب ولا يبرأ من عهدة التباعة إلا بالرد والاستحلال، وهو مطلوب بذلك في كل حين، مرتبط في المعصية، وسخط الله ما دام مُصراً على حاله، وهذا مما لا خلاف فيه.

[حكم أموال الظلمة والولاة ومن في معناهم]

وأما تصرفه ومعاملة الناس له، ففيها خلاف بين العلماء، ولذلك تجد فتاويهم تختلف في أشخاص المسائل، رعياً لمكان الخلاف، ويتبين لك هذا من كلام ابن رشد في الأجوبة، وسأذكر بعضاً منه ليتبين هذا، قال: حكم أموال الظلمة والولاة والمعتدين (ص 512 ت) ومن في معناهم، كأهل الربا والرشا وما يجوز من معاملتهم، ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يكون الحرام قد ترتب في ذمة آخذه، وفات رده بعينه إلى أربابه، والثاني: أن يكون الحرام قائماً بعينه، فالأول لا يخلو من ثلاثة أوجه: - الوجه الأول: أن يكون الغالب على ماله الحلال، والثاني: العكس، والثالث: أن يكون ماله كله حراماً، إما بأن لا

(1) جواب السيوري وتعليق البرزلي، في فتاوى البرزلي، ص 170/ 3.

يكون له مال حلال، وإما بأن يكون قد استهلك من الحرام أكثر مما كان له من الحلال، فيكون مستغرق الذمة بالحرام.

[ما يجب على من لديه مال حرام في حالة التوبة وحكم الحكم التعامل معه]

فالوجه الأول: الواجب عليه في خاصة نفسه أن يستغفر الله ويتوب إليه برد ما عليه من الحرام لأربابه إن عرفهم، أو التصدق به عنهم إن لم يعرفهم فيتصدق بوزن الموزون، وبالأكثر من قيمة العرض يوم الغصب، أو الثمن الذي بيع به، وما كان ربا تصدق بالزائد على رأس ماله، فإن فعل ذلك، صحت عدالته، وطاب ما بقي من ماله، وجازت معاملته، ومبايعته وقبول هديته، وأكل طعامه بإجماع العلماء، واختلف إذا لم يفعل ذلك في معاملته، وأكل طعامه وقبول هديته، فأجازها ابن القاسم، وأباها ابن وهب، وحرمها أصبغ[1].

وأما الوجه الثاني: وهو من الغالب على ماله الحرام، فالحكم فيما يخصه في نفسه على ما تقدم سواء، وأما معاملته وقبول هديته وأكل طعامه فمنع من ذلك أصحابنا، قيل على الكراهة، وقيل على التحريم.

وأما الوجه الثالث: وهو أن يكون ماله كله حراماً، أو يكون استهلك من الحرام أكثر من ماله الحلال، فالواجب عليه في خاصته أن يتصدق بجميع ما في يده، أو يضعه في وجه من وجوه منافع المسلمين، وأما معاملته ومبايعته في ذلك المال، ففيها أربعة أقوال، ثم سردها، ثم ذكر القسم الثاني، وهو كون الحرام قائماً بعينه عند آخذه، وقد تقدم أولاً، فأنت ترى أن الخلاف في معاملته في جميع الأحوال، والاتفاق على مطالبته في ذلك، وعدم سقوط التباعة[2].

---

(1) نقل هذا الرأي أبو زكريا يحيى بن الوليد الشبلي في التقسيم والتبيين في حكم أموال المستغرقين، ص111-112.

(2) مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 552-557/ 1.

[حكم الدراهم المغصوبة وكيفية التعامل بها]

وأما هل تتعين الدراهم؟ فالخلاف في ذلك شهير، قال الإمام أبو الحسن الأبياري: والظاهر من المذهب عدم التعيين، وأن الأثمان إنما تصادف الذمم ولقد نقل عن ابن القاسم (ص 513 ت) أن من غصب دنانير ووجدها المغصوب منه بعينها، أن الغاصب متمكن من التمسك بها، وإعطاء مثلها، فهذا عظيم ويدل منه أنه لا إلتفات إلى صور الأشياء، قال: وذهب ذاهبون إلى أنها تتعين بالتعيين، وهم متفقون على أن صحة العقود بها لا تتوقف على تعيينها انتهى[1].

وقال ابن عبد السلام: والدراهم التي بأيديهم كسائر ما بأيديهم، غير أن استحقاق أعيانها عسير، فلا بأس أن تباع لهم العروض وغيرها بتلك الدراهم على الشرط الذي ذكرناه من اعتبار القيمة، وأما غير ذلك من سائر المثليات فليست مثلها، إذ لا يصح العقد عليها إذا كانت موجودة إلا بعد التعيين، وإن كانت في الذمة، فتفتقر إلى ضرب أجل السلم، إذ شرطه ما يسلم فيه مما يقصد عينه إذا كان سلماً أن يكون إلى أجل عند مالك، ففرق ما بينهما.

وقولكم: فإذا جاز كراؤها بالدراهم إلى قوله: لكون عقدة الكراء كانت في الدقيق . . إلخ، ففيه شبه تدافع، ولعل وجه العبارة: فإذا كان الكراء بالدقيق، فهل يؤخذ عنه دراهم؟ أو فيه بيع الطعام قبل قبضه، فإنه إذا ترتب في الذمة طعام من معاوضه، فأخذ عنه دراهم، كان فيه بيع الطعام، قبل قبضه وهذا إنما يكون إذا كان الكراء وقع على الدقيق، أما حيث يكون بالدراهم فيأخذ عنه دراهم.

[كيفية التحرز من الشراء في الأسواق]

وأما إلى متى يتحرز من شراء ما في الأسواق، فقال البرزلي: إذا كان في

(1) كتاب الورع، للإمام الأبياري، ص 52-53.

السوق حلال وحرام فإنه يكون الحكم للأغلب، وقال حجة الإسلام الغزالي: لو وقع طعام حرام في سوق فإن تحققت أن الحرام هو الأكثر، فلا تشتري إلا بعد التفتيش، وإذا علمت أن الحرام كثير وليس بالأكثر، فلك الشراء، والتفتيش من الورع، ولقد كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه رضوان الله عليهم يشترون في أسفارهم من الأسواق، مع علمهم بأن فيهم أهل الربا والغصب وأهل الغلول في الغنيمة، وكانوا لا يتركون المعاملة معهم، انتهى[1].

[يجوز التعامل في الأموال المختلطة إذا لم توجد أمارة دالة على أنه حرام]

وقال الأبياري في جملة الأقسام، الثالث: أن يختلط حلال غير محصور بحرام غير محصور كحكم الأموال في زماننا، فلا يحرم التناول، ولا يجب الاقتصار على مقدار الضرورة، ويحكم بالحل مطلقاً إذا لم توجد أمارة معينة للحرام[2]، ثم استدل على ذلك، ومثل هذا التقسيم عند الشيخ زروق في النصيحة الكافية، والله أعلم[3].

[حكم هبة الغاصب للشيء الموهوب أو بيعه]

وسئل عن رجل عدى على آخر، فأخذ منه فرسين ظلماً، ودفعهما لآخر على أنهما هبة أو عطية، فقبل المعطى له العطية، ثم قام عليه رب الفرسين متظلماً، فاشتراهما منه، أي المعطى له، هل يقدر[4]، المعطى له غاصباً (ص 514 ت) لعلمه بالغصب أم لا؟ وهل يصح منه ابتياعه إن قلتم كالغاصب هو أو لا؟ وإذا قلتم لا يصح ابتياعه وفاتت الفرسان بحوالة الأسواق، ونحو ذلك، هل يمضي البيع للفوات أم لا؟

(1) إحياء علوم الدين للإمام الغزالي، ص 104/ 2.
(2) كتاب الورع للإمام الأبياري، ص 36.
(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 9-15/ 1.
(4) هكذا في (ت) وفي الأجوبة، والأصح: يعتبر.

فأجاب: أما الموهوب له، أي الذي وهب له الغاصب الشيء المغصوب، فهو كالغاصب إن علم أنه غاصب، قال ابن عرفة: وفيها مع غيرها، من ابتاع شيئاً من غاصب، أو قبله منه هبة وهو عالم أنه غاصب، فهو كالغصب في الغلة والضمان، انتهى. فحكمه في الغلة والضمان ما ذكر من أنه ينزل منزلة الغاصب، فلزمه، وأما من جهة البيع منه، فإذا كان متصفاً بصفة الغاصب من القهر والتمنع، وعدم القدرة على الانتصاف منه، فله حكمه ويجري فيه الخلاف الجاري في البيع من الغاصب، وإن لم يكن بهذه المنزلة فالبيع منه جائز.

[حكم شراء الغاصب للشيء الذي قام بغصبه]

وأما شراء الغاصب المغصوب الذي تحت يده، ففيه خلاف اقتصر صاحب المختصر على الجواز مع التردد، ونصه: ومغصوب إلا من غاصبه وهل إن رد لربه مدة؟ تردد[1]، في كون الجواز مقيداً بما إذا رد إلى ربه مدة أم لا؟ وأما شراء الغير منه ذلك، فقال في المختصر: لا يجوز، قال في التوضيح: جعل ابن رشد وغيره بيع المغصوب من غير غاصبه على ثلاثة أوجه: إن كان قادراً عليه مقراً بالغصب، فهو جائز باتفاق، وإن كان ممتنعاً من دفعه، وهو ممن لا تأخذه الأحكام، وعليه بالغصب بينة، فقولان على القولين في اشتراء ما فيه خصومة، ابن رشد، المشهور منهما المنع، لأنه غرر.

وأما بيعه من غاصبه فجعله ابن رشد على ثلاثة أوجه: الأول: أن يعلم أنه عازم على رده، والثاني: أن يعلم أنه غير عازم على رده، وإن طلبه رده والثالث: أن يشكل أمره.

فالأول يجوز بالاتفاق، والثاني عكسه، والثالث فيه قولان، فإلى هذا

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 169.

ترجع الروايات، انتهى كلام ابن رشد، زاد في التوضيح، وبالفساد قال مطرف ورواه عن مالك، والجواز هو ظاهر قول مالك في العتبية، ورواه عيسى عن ابن القاسم في كتاب الغصب، ابن عبد السلام.

[لا يجوز للغاصب أن يشتري الشيء المغصوب إلا بعد رده لصاحبه]

وأكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع إلا بعد أن يقبضه ربه، ويبقى مدة طويلة حددها بعضهم بستة أشهر فأكثر، ثم قال: والذي في المدونة وغيرها جواز ذلك، انتهى، وقال ابن سلمون في بيع المغصوب ثلاثة أقوال: الجواز مطلقاً من غاصب وغيره، قال ابن رشد: وبذلك كان يفتي ابن رزق[1] ويستدل بمواضع في المدونة، والثاني يجوز بيعه من الغاصب دون غيره، وهو قول ابن القاسم أيضاً، والثالث (ص 415 ت) لا يجوز بيعه من الغاصب ولا من سواه.

وأما هل يفيته إذا قيل بالفساد، ما يفيت البيع الفاسد، فقد قال ابن سلمون عن ابن رشد: من قال إن ذلك يفسخ على كل حال ويرد إلى البائع قائماً كان أو فائتاً، فقد أخطأ، إذ من قول مالك في العبد الآبق يفوت بما يفوت به البيع الفاسد، ولا فرق بين المسألتين لاستواء علة الفساد بينهما، وهي كون البائع لا يقدر على تسليمه فدخله الغرر، وقد كان بعض شيوخنا يجيزه، ويقيم إجازة ذلك من كتاب الصرف والغصب من المدونة، وإن كنا لا نقول لذلك ولكنه يدل على فساد قول من يقول: إنه يفسخ فات أو لم يفت، انتهى[2].

[مسألة الفحل المغصوب إذا ضرب في ماشية رجل]

وسئل عن العجل[3] المغصوب إذا ضرب في ماشية رجل، هل يحرم

---

(1) في أجوبة الفاسي الطبعة الحجرية، قال ابن الحاج: وبذلك كان يفتي ابن مرزوق، وهو غير صحيح لأن ابن الحاج صاحب المدخل ت 737 هـ، بينما توفي ابن مرزوق الخطيب 918 هـ.

(2) المسألة في أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 157-158/ 2.

(3) في (ت): الفحل، والمعنى واضح، فهو فحل الماشية.

نسله لحرمة الفحل، أم لا؟ قياساً على ما قاله ابن هلال، في جواز أكل الثمر الذي ذكر بالذكار المغصوب، أو الزرع الذي سقي بالماء المغصوب، أو حرث بالدواب المغصوبة، ولأنه لا كبير مضرة على الفحل في ذلك، والعرب شأنهم يتسامحون في ذلك، ولا يستأذن ذو الفحل لذلك، ولا يمنع منه في الغالب، أو يلزم صاحب الماشية كراء الفحل بعد النـزو؟

فأجاب: إن الإمام أبا عبد الله القوري، سئل عنها، فأجاب: بأنه لا ينبغي أن يترك الفحل المغصوب بين البهائم الحلال، فإن ترك وتحقق نـزوه على بهيمة وجب على ربها إعطاء أجر نـزوه لربه إن علم، وإلا تصدق به على ربه، وإن لم يتحقق لم يجب عليه شيء ولكنه يستحب.

وقد ترك الشيخ الصالح أبو محمد صالح، بقرته لما حملها قوم تعدياً مع بقر أهل فاس، ثم ردوها عليه لما علموا أنها له، فامتنع من أخذها أو قبضها وتركها، فأنكر بعض الفقهاء فعله، وقالوا: هذا ورع لا أصل له، فقال الفقيه الحافظ أبو عمر الجوراني[1]: لهذا الورع أصل، وهو في المدونة، قال في كتاب الرضاع منها: والوطء يدر له اللبن، فقال له الشيخ أبو محمد صالح: أحسنت يا شيخ الكتاب، بارك الله فيك، انتهى[2].

[من غصب طعاماً مشتركاً مملوكاً على الشيوع]

وسئل عن ما حاصله: من غصب طعاماً مشتركاً، هل يختص بالمغصوب بناء على أن الجزء المشاع يتعين أم لا؟

فأجاب بما قد نص عليه في الشركة، فراجعه في الورقة الثالثة منها[3].

---

(1) لا توجد له ترجمة مستقلة، وهو أحد شيوخ علي بن الحق الزرويلي المعروف بأبي الحسن الصغير، ورد ذلك في ترجمته، حذوة الاقتباس، ص 472/ 2.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص137-150/ 2، والمسألة في نوازل العلمي، ص 127-128/ 2.

(3) يراجع كتاب الشركة فيما سبق.

[حكم اختلاط فحول الماشية مع الأغنام في المراعي]

وسئل الشيخ محمد بن ناصر الدرعي عن فحول الماشية إذا اختلطت في المراعي، هل يحل ما ولدت الإناث من غير إذن أرباب الفحول؟

فأجاب: يجوز إن فعلت الفحول ذلك من غير أن يحملها على إناثه وأما انـزواء فحول غيره على إناثه، فلا يجوز إلا بإذن أربابها، أو يعلم أن نفسه تطيب بذلك، والورع أن تعزل غنمك من غنم من لا يحترز من الحرام انتهى(1). (ص 516 ت)

[البهائم إذا أفسدت الزرع، هل يجوز أن يدرس عليها؟]

وسئل عن البهائم إذا أفسدت زرع أحد، هل يجوز أن يدرس عليها [بغير إذن أربابها أم لا؟]، فأجاب: الورع تركه(2).

---

(1) الأجوبة الناصرية، ص 59.

(2) الأجوبة الناصرية، ص59 وما بين القوسين سقط في (ت).

مسائل التعدي وموجبات الضمان

[من امتنع عن تسليم المال لصاحبه حتى ضاع بغصب وجب عليه الضمان]

سئل الشيخ عبد القادر الفاسي بما حاصله: عن امرأة مات زوجها فغيبت مزوداً[(1)]، فيه أمتعة له، وسألها الشهود المقيدون للتركة، هل بقي شيء؟ فقالت لا، ثم جاءها خدام المخزن[(2)]، وقالوا لها: اخرجي ما بقي عندك؟ فأخرجته وأعطته لهم، [فأخذوه منها لكونهم الحاكمون في المدشر الذي به سكناها] فامتنعوا عن دفعه للورثة[(3)]؟

فأجاب: وأما منع الزوجة المزود الذي فيه الأمتعة من أربابه حتى ضاع بغصب أو غيره، فذلك منها تعدٍ وجناية، بل يلزمها الضمان في ذلك، والله أعلم[(4)].

---

(1) المزود في اللهجة الليبية: وعاء يصنع من جلد الماعز، وهو كالقربة التي تعد لحمل الماء ولكنه يخصص للدقيق وغيره.

(2) خدام المخزن، أي العاملون مع الحكومة أو الدولة، تراجع اليوميات الليبية، ص 30/ 2.

(3) في أصل المسألة: وامتنع الحكام من دفعه للورثة، ص 74/ 1، أجوبة الفاسي، وما بين القوسين زيادة منها.

(4) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 74-75/ 1.

[مسألة من استعمل عبداً لغيره فأصيب بعطب، هل يضمنه أم لا؟]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل عمن استعمل عبداً لغيره في خدمة الاستسقاء له من بئر بالبداية، فسقط العبد في البئر، هل يضمنه أم لا؟

فأجاب بعد الحمد لله: في التهذيب ومن أستأجر عبداً فعطب في عمله ولم يعلم أنه آبق، ضمنه لربه، وقال: قال مالك: فيمن أجر عبداً على تبليغ كتاب إلى بلد، ولم يعلم أنه عبد، فعطبه الطريق، إنه يضمنه، ثم قال: وإنما ينظر الآبق إذا استعمله في عمل يعطب في مثله، فهلك فيه، وإن استعمله في شيء يسلم فله الأجر في مآَلَهُ بال من الأعمال، فكذلك من استعمل عبداً لرجل، انتهى المراد من كلام التهذيب هنا[1].

ووجه أبو الحسن في شرحه الضمان في مسألة عطب العبد في الطريق بأن السفر مظنة الهلاك، أي فهو من استعماله في عمل يعطبه في مثله، وحاصل الجواب أن استعمال العبد في الاستسقاء من البئر، إن كان من الاستعمال فيما يعطب في مثله جرى فيه الضمان، كمسألة المستعمل في تبيلغ الكتب، انتهى.

[من أراد الخروج من البئر ثم سقط قبل الوصول للحافة، هل يضمنه الماسكون بالحبل]

وسئل عن راعي غنم، نـزل لبئر يخرج الماء ليسقيها على عادة الرعاة عندهم، ولما أراد الطلوع، ربط نفسه في الحبل، أو أمسك طرفه، وأمر الذين أمرهم برفعه، فأطلق بنفسه يديه من الحبل قبل بلوغه أعلى البئر، فسقط فمات من غير غدر من الرابطين ولا تسبب منهم، فهل يلزم ضمانه أهل الغنم والرابطين له؟

فأجاب بما حاصله: وأما الرجل الراعي النازل للبئر ليسقي الغنم، فلا

---

(1) غير مطابقة مع مسألة التهذيب في النسخة المحققة حديثاً، ولها مسألة مشابهة، ص 365/ 3، والمسألة في المدونة في كتاب الديات، ص 667/ 4.

شيء عليه فيه لأرباب الغنم بمجرد كون الغنم لهم، حيث لم يسببوا في هلاكه وأما الممسكون للحبل عند الطلوع، فينظر فيهم، هل غدروا بإطلاقهم الحبل أو انفلت من أيديهم، ففي مختصر الإمام الشيخ ابن عرفة، روى ابن وهب: من أمسك لرجل حبلاً يتعلق به في بئر، فانقطع، فلا شيء عليه (ص517 ت) وإن انفلت من يده، فهو ضامن، وفي فائق ابن راشد[1]، لو تردى رجل في بئر، فسأل رجلاً يدلي له حبلاً، فلما جره خشي على نفسه، فتركه فمات وكذلك لو انفلت من يده، فإنه يضمن، وإن انقطع الحبل لم يضمن شيئاً، وقد نقل ذلك ابن عرفة أيضاً، ولعل في هذا القدر ما يرشد من تأمله إلى حكم المسألة، والله أعلم.

[تعليق المؤلف على المسألة]

والذي يظهر أن سقوط هذا الرجل إن كان بانحلال ربطه لنفسه، فهو من قبل انقطاع الحبل، وكذا إن كان بإطلاقه ليده من الحبل بنفسه، وأما إن كان بإطلاق الرافعين له قصداً أو اتفاقاً من أيديهم، فهو المنصوص عليهم، انتهى.

[حكم الراعي إذا نحر الناقة خوفاً من موتها بدون نحر]

وله جواب: إذا ثبت خوف موت الناقة، فلا ضمان على ناحرها، ولا فرق في ذلك بين الراعي وغيره مع ثبوت خوف الموت بالبينة، وأما الراعي فيصدق في دعواه خوف الموت، ولا ضمان على ناحرها في النحر، لذلك قال بعضهم: وإنما يصدق الراعي في ذلك حيث لم يقل: وأكلتها، وأما إذا قال: نحرتها خوف الموت وأكلتها، فلا يصدق إلا ببينة على خوف الموت، والله أعلم، انتهى من خط الشيخ أحمد المكني رحمه الله.

---

(1) اسم الكتاب: الفائق في الأحكام والوثائق، لمحمد بن عبد الله بن راشد القفصي، مخطوط توجد منه نسخ في المكتبة الوطنية بتونس، ومكتبة جامعة قاريونس ببنغازي، يراجع كتابنا نظام الشهر العقاري، ص 23.

[حكم من أوقد ناراً ثم انتقلت إلى زرع قريب هل يضمن أم لا؟]

ومن خط من ذكر، أنه نقل من خط الشيخ أبي القاسم عظوم ما نصه: إذا أوقد رجل ناراً لعمل يعمله، فترامت النار حتى أحرقت زرعاً لرجل في أندره فإن كان قد وقدها بالقرب من الأندر، فهو ضامن، والقرب في ذلك غير محدود، وإنما يرجع فيه لأهل المعرفة، وإن كان عمله النار على بعد من الأندر، في موضع مأمون، فتحاملت النار أو حملها الريح حتى حرقت ما في الأندر، فلا ضمان على الذي عملها، ومثله النار للطهي في (. . .) أو في الغابة من الشجر، وكذلك النار تلقى في المصيدة، وفي الرابعة عشر من دعاوى البرزلي ما نصه: ظاهر المدونة يقتضي أن القرب والبعد بحسب الاجتهاد وبعضهم قيده بالميل ونحوه، والصواب أنه راجع إلى قوة الريح وضعفها، وقوة النار وضعفها، انتهى[1].

[متى يجب ضمان من سبب بالنار أو الماء في إفساد زرع الجوار]

وفي رابعة حريم البئر من كبير ابن ناجي ما نصه: قال اللخمي إذا لم يكن ريح أو كانت فتغيرت، فأحرقت فلا ضمان، وإن كانت لتلك الناحية ضمن لأن شأن الريح أنها تحمل النار وإن بعدت، إلا إن كانت مبتعدة جداً، وما ذكره من قوله: وإن كانت متغيرة، وبه أفتى شيخنا ابن عرفة، لما نزلت بتونس أيام قراءتي بها، وظهر لي ولأصحابنا أنه يضمن لأنه ليس على وثوق من انقلابها إلى الجهة الأخرى، وبلغني أن شيخنا البرزلي قاله، انتهى. (ص 518 ت).

وعطف في الشامل على الذي لا يضمن بقوله: ومن أجج ناراً في ريح عاصف بموضع لا يؤمن، وإلا فلا، كان بغتة أو قام بطفيها، وفي المختصر: وكتأجيج نار في يوم عاصف، وسط بهرام: هذا آخر موجبات الضمان، وهو أن يؤجج ناراً في يوم شديد الريح فتعدو على شيء فتهلكه، وظاهره ولو مع

---

(1) فتاوى البرزلي، ص 316/ 4.

الأمن، وليس كذلك، فقيد ذلك في المدونة، قال فيها: ومن أرسل في أرضه ماءاً أو ناراً، فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن من أن يصل ذلك إليها، فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت، فلا شيء عليه، وإن لم تؤمن وصول ذلك لقربها، فهو ضامن، وكذلك [الماء هو مثل النار][1].

فانظر كيف قيد عدم الضمان بالأمن، ووجوبه بعدم الأمن، وهكذا قال سحنون، ورأي اللخمي الضمان مع البعد إذا كانت الريح من تلك الجهة، إلا أن تكون بعيداً جداً، ورأي عدم الضمان لم يكن ريح حين أرسلها، إلا أنها جرت بعد الإرسال، أو كانت إلى جهة غير محترقة ثم تحولت إليها، انتهى.

[مسائل في التدليس والتغرير في البيع]

ومن خطه أيضاً، ما نصه: الحمد لله، في الورقة التاسعة عشر من شركة كبير ابن ناجي، ما نصه: قال ابن عبد السلام: سكت في الرواية من رجوع المغرور على الغارر بقيمة نصف العمل فيما لم ينبت، إن كان العمل على المغرور، وينبغي أن يكون له الرجوع بذلك لأنه غرور بالفعل، ابن ناجي، قال شيخنا ابن عرفة: قوله سكت في الرواية . .إلخ هو كما قال هنا في الرواية قال ابن يونس في كتاب الرد بالعيب ما يدل على الخلاف في ذلك، قال ما نصه: قال ابن حبيب: لو زارع بما لا ينبت، فنبت شعير صاحبه دون شعيره فإن دلس، رجع عليه صاحبه بنصف مكيلته من شعير صحيح، وبنصف كراء الأرض الذي بطل عليه، وقاله أصبغ.

وقال ابن سحنون مثله، إلا الكراء لم يذكره، فظاهر قوله نقل قول ابن سحنون يقتضي سقوط الكراء، وهو مقتضى قول ابن القاسم في المدونة: فيمن عزا إنكاحه غيره حرة فإذا هي أمة، يغرم للزوج الصداق، ولا يغرم له ما يغرمه

---

(1) المدونة الكبرى، كتاب حريم الآبار، ص 472/ 4.

الزوج من قيمة الولد، ونحوه قوله في كتاب الجنايات: من باع عبداً سارقاً دلس فيه، فسرق من المبتاع، فرده على سيده بالعبد، فذلك في ذمته إن اعتق يوماً ما، وأظن في نوازل الشعبي من باع مطمورة دلس فيها بعيب التسويس، فتحرى فيها المبتاع، فاستأنس ما فيها، أنه لا رجوع له على البائع بما استأنس فيها انتهى.

[بيع جرة مكسورة وهو عالم أن المشتري سيضع فيها زيتاً]

[قال] الشيخ الوانوغي في الجنايات (ص 519 ت) في قولها من باع عبداً سارقاً، فالمسألة قاس محمد بن عبد الملك الخولاني[1]، في نوازل الشعبي على مسألة المدونة هذه بمسألة: من باع جرة وهي مكسورة، وهو عالم فصب فيها المشتري زيتاً، فهلك، لا ضمان لأنه غرور بالقول، بخلاف الكراء نفسه ولم يدع علم هذا شيئاً[2]، والصواب أن يقال في الفرق: إن في مسألة الكراء المشتري هو المانع بخلاف الشراء فإنه في الذوات، والجناية في أمر خارج عن الذات فقط غرور بالقول، ومذهبه أنه لا يوجب تضمينها، انتهى من الوانوغي.

[مسألة من اشترى زريعة فلم تنبت]

وفي ثالثة التدليس بالعيوب من البرزلي في مسألة الزريعة المشتراة وزرعت ولم تنبت،ما نصه: أصل هذه المسألة: إذا اشترى عبداً سارقاً ولم يتبينه حتى هلك في السرقة، في المدونة: إن لم يعلم بعيبه فله ما بين القيمتين وإن علم بذلك ودلس به، رجع بجميع الثمن، واختلف في ما أنفق وعالج واكترى من الأرض، هل يرجع بذلك أم لا؟ انظر أواخر العيوب من ابن يونس، انتهى[3].

---

(1) هكذا ورد اسمه في أحكام الشعبي، ولم أقف له على ترجمة.
(2) ما ورد في أحكام الشعبي أن المشتري يجعل فيها الزيت، فلما جعل المشتري الزيت إهراق من الكسر، قال: لا يضمن شيئاً..، ص 272.
(3) فتاوى البرزلي، ص 267/ 3.

[إكراء حانوت لبيع الخمر أو لحم الخنـزير كراء فاسد]

وفي ثانية الدور من حواشي الوانوغي ما نصه: وقوله وإكراه للمسلم إكراء حانوت أو دارة من ذمي لبيع خمر أو خنازير أو دابة يحمل عليها ذلك، أو ممن يعلم أنه يرد بها ذلك، فإن فعل، فالكراء فاسد، الوانوغي، يؤخذ من هنا أنه لا يجوز بيع ثياب الحرير ممن يعلم أنه يلبسها، إعمالاً لقاعدة فاعل السبب فاعل المسبب، كما أشار إليه الإمام المازري في حديث: « إن من الكبائر يشتم الرجل والديه، قال: كيف يشتم الرجل والديه يا رسول الله؟ قال: يشتم أبا الرجل، فيشتم الرجل أباه وأمه.[1]»، ومن هذا المعنى ما في نوازل أصبغ: فيمن خرجت امرأته إلى منـزل لأهلها، فحلف لا يبعث وراءها، فبعث إلى ولده الصغير فأخذه، فرجعت لذلك، ما حنث، انتهى.

[من اكترى دابة أو ثور فكسر المطحنة يضمن صاحبه إذا لم يعلم المكتري]

من الوانوغي، وقع في الورقة (. . .) من رواحل كبير ابن ناجي ما نصه: قوله من اكتريت منه دابة أو ثور للطحن، فكسر المطحنة لما ربطه فيها، وأفسد في آلتها، لم يضمن إلا أن يغرك، وهو يعرف ذلك منه فيضمن، لأن مالكاً قال فيمن أكرى دابة من رجل، وهي رفوض أو عثور[2]، وقد علم ذلك، فلم يعلمه بذلك، فحمل عليها، فرفضت أو عثرت، فأنكسر ما عليها أنه ضامن، الأولى من قول ابن القاسم وقاسها على قول مالك.

وأراد بقوله: هي رفوضاً، أي ترقد، ويروى لما رفطته، بالتاء والهاء

(1) الحديث رواه الإمام الترمذي في سننه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، حديث رقم 1964، ص 208/ 3.

(2) أي أن الداية ترفض الحركة أو نقل المتاع، أو تتعثر في مشيتها.

فعلى روايته لما رفطته، لا شك أنها غرور بالفعل، وأما على رواية (ص 520 ت) رفضته، وهي الرواية المنشورة، يشهد لها قول مالك في المسألة المسموعة، فحمل عليها، يكون غروراً بالقول عند أبي إسحاق التونسي، فإنه قال صنفه بالغرور بالقول، لأن عقد الكراء إنما هو باللفظ وهو معيب عند شيخنا ابن عرفة وغيره، لأن الحلف في العقد يصيره غروراً بالفعل.

وإليه أشار المغربي في قول نكاحها الأول: إذا أخبره أن فلانة حرة وتولى عقد النكاح عليها، وهو عالم بأنها أمة، فإن الزوج يرجع عليه بما أدى من الصداق[1]، قال شيخنا ابن عرفة: ويقوم من قولها هذا، فرفضه المكتري ما في نوازل الشعبي عن محمد بن عبد الله الخولاني: من أكرى خابية دلس بكسر، وعلم أن المكتري يجعل فيها زيتاً، فانهرق من كسرها ما جعله المكتري فيها من الزيت، أنه يضمن الزيت لغروره، بخلاف من باع خابية كذلك فإنه لا يضمن[2]، وحكم ابن عبد السلام فيمن أكرى مطموراً، وهو يعلم أنها تسوس الطعام، فإنه يضمن ما سوست.

[حكم الدواب التي تتعثر في مشيتها]

وكان شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني يعجبه حكمه بذلك، وبه أقول أخذاً منها ومن نكاحها، قال المغربي: ويقوم من هنا أن العثار في الدواب عند البائع عيب، وإن لم يذكره في كتاب العيوب، إلا ما يظهر من هنا، وهو منصوص عليه بذلك في العتبية من سماع أصبغ عن ابن القاسم[3]، وبه أخذ

(1) المدونة الكبرى، كتاب النكاح الأول، ص 141/ 4.

(2) أحكام الشعبي، ص 272، وقد سبق نقل المسألة.

(3) البيان والتحصيل لابن رشد، قال اصبغ سمعت ابن القاسم يقول في الدابة تباع فتوجد عثوراً، قال: إن قامت له بينة إنها كانت عثوراً ردها، وإن لم تكن له بينة وكان في مثل ما غاب عليها المشتري، مما يقول أهل المعرفة والعلم أنه يحدث في مثله، حلف البائع أنه ما علمه عنده. . ، ص 361/ 8.

الثوري، وقال شريح[1]، ليس بعيب لأن كل دابة تعثر[2]، انتهى من ابن ناجي.

[مسائل في ضمان المتسبب وما فيه من خلاف]

ووقع في آخر غصب ابن ناجي ما نصه: ولأبي محمد بن أبي زيد، لمن أعلم لصوصاً بمطمور رجل، ولولا إعلامه ما عرفوه، فضمنه بعض متأخري أصحابنا، ولم يضمنه بعضهم[3] وأنا أقول بتضمينه، لأن ذلك من وجه التغليظ الموجب للضمان، ابن ناجي، والفتوى بما اختاره، ولا خصوصية للمسألة فالمعنى الجامع ضمان المتسبب، وفيه خلاف، وكالصيرفي يقول فيما عليه زايف طيب، وكمخبر من أراد صب زيت في إناء علمه مكسوراً أنه صحيح وذكر المازري في الثلاث مسائل خلافه، ولم يعزه، انتهى.

[تلخيص المسائل السابقة حول ضمان المتسبب]

قلت: ففي ما مر من المنقولات أمور، منها: كلام ابن ناجي في كتاب الشركة في إلزام المدلس كراء الأرض، قولان: لابن حبيب مع أصبغ ولسحنون، ومنها كلام البرزلي حيث ألزم المدلس ضمان النفقة والعلاج وكراء الأرض على فاعل السبب، ونسبته إياه للإمام المازري (ص 521 ت) وسوقه للحديث الشريف، دليلاً على القاعدة المذكورة ومنها: كلام الإمام رضي الله تعالى عنه بضمان المدلس، هو بائع الثور عن تدليسه من كسر الرحى، وإفساد آلتها، وتصريح ابن ناجي بمشهورية تلك الرواية المقتضية للضمان وهي رتبة ومنها: ما حكي الشيخ ابن عبد السلام يتضمن المدلس ما سوست المطمور

(1) شريح من أشهر قضاة الإسلام، له أخبار وسيرة طويلة في كتاب أخبار القضاة، ص189-392/ 2.

(2) قال القاضي وكيع، في كتاب أخبار القضاة عن أبي إسحاق، قال: شهدت شريحاً، وخوصم إليه في دابة تعثر، فقال: كل الدواب تعثر، فأجاز البيع، ص 271/ 2.

(3) النوادر والزيادات، كتاب الغصب، ص 371/ 10.

المكتراة، ومنها: إعجاب الشيخ الغبريني حكمه المذكور، ومنها قول ابن ناجي وبه أقول، ومنها: فتوى الشيخ أبي محمد بن أبي زيد رضي الله تعالى عنه بتضمين مخبر اللص لأنه من وجه التغرير الموجب للضمان، ومنها: قول الشيخ ابن ناجي: الفتوى بما اختاره الشيخ ولا خصوصية لمسألته بالضمان، بل هو عام، فالمعنى الجامع هو ضمان المتسبب، فقول ابن ناجي هذا صريح في ضمان عموم من تسبب بغروره وتقريره في مال غيره، وإن أطمأنه فيه، بذلك به الفتوى.

[مسألة من اشترى زريعة صنف جيد وبعد غرسها جاء نبتها رديئاً]

قلت: فهذه الأمور مرجحة لضمان البائع في مسألة وقعت، وهي رجل اشترى زريعة تنبت من بائعها بثمن غال، لأنها صفة معينة في غلتها، وشرط ذلك، فطيب مشتريها الأرض، وحرث وعالج وزرعها، فظهرت غلتها على صفة رديئة، مخالفة لما اشترط، فمقتضى التدليس ضمان البائع ما أنفق المشتري، وحرث وسقي وعالج واكترى الأرض، لأنه تدليسه قد تسبب وغرر بالمفعول، وأقوى أمور الضمان المذكورة ما به الفتوى، وما حكم به الشيخ عبد السلام.

[رأي آخر بعدم ضمان المدلس]

ويعارض الفتوى، فتوى أخرى ذكرها ابن ناجي في تاسعة استحقاق كبيره، ونص قوله: قال ابن القاسم: وإن أخذ المستحق الأمة من المبتاع على أحد قولي مالك، رجع بالثمن على بائعها، ولا يرجع ما أدى من قيمة الولد[1] لو باع من رجل عبداً سارقاً، ودلس له به، فسرق متاعه، لم يضمن البائع

(1) في المدونة: قال ابن القاسم: فإذا علم (البائع) أنها أمة وقال له: هي حرة وزوجكها فولدت لك أولاداً فاستحق رجل رقبتها، فإنه يأخذ جاريته ويأخذ منك قيمة الأولاد، ولا ترجع أنت بقيمة الأولاد على الذي غرك وزوجك وأخبرك أنها حرة، كتاب والنكاح الأول، ص 141/ 2.

ذلك، ابن يونس: يريد وأخذ قيمتها رجع بالثمن على البائع، وقال المغربي: ما ذكره لابن يونس، لأن مستحقها الآن ملك الأمة، فالقيمة التي دفع، كمن استحق (ص 522 ت) أرضاً بعد أن عرت، فامتنع أن يدفع قيمة العمارة، ودفع الباقي قيمة الأرض، فإنه يرجع على البائع بالثمن، ابن ناجي.

ويؤخذ في المسألة الدليل أنه من دلس الزريعة أنه لا يضمن العمل، وهو الصحيح، وبه الفتوى، ونقل ابن يونس القولين في كتاب الرد بالعيب، وزاد فيها، في كتاب الجنايات وما سرق في ذمته، وقال سحنون في رقبته، وقال ابن حبيب لا شيء عليه، وما ذكره في قوله: لم يضمن البائع، قال فيه: أصل هذه الرواية غير صحيح، وأصلها يضمن البائع، وفي العيوب: سرق فقطعت يده ضمانه من البائع، المغربي، والفرق إن ما في العيوب، التدليس عائد بالنص على الرقيق، وهنا لم ينقص منه شيء، بل يبقى سارقاً كما كان عليه، وأخذه المال أمر ثانٍ، وهذا من جهة التدليس، وانظر من جهة الغرور، ولم يجعل البائع يضمن له، وانظر مثلها في النكاح، وساقها وساق مسألة الرواحل.

قلت: تتعارض الفتوى في ضمان المدلس، وعالج المشتري وحرث واكترى الأرض، وتبقى المرجحات الثمانية للضمان لا مقابل لها في هذا الذي به الفتوى، بعدم الضمان فاعرفه، انتهى، انتهى، وانظر الكلام (. . . .)[1].

[مسائل في المفاداة من اللصوص والظلمة]

ومن خط الشيخ أحمد المكني رحمه الله، ما نصه: المفدي من اللصوص ونحوه، للشيخ محمد بن مقيل، نصه بعد الصدر: إن في مسألة المفدى من اللص ونحوه من كل ظالم قولين ذكرهما ابن بشر، وابن الحاجب ونص ابن الحاجب: وفي أخذ ما فدي من أخذ اللصوص قولان، [الأول]

(1) كلمة غير مقروءة بالأصل.

مجاناً، و[الثاني] القول بأنه لا يأخذه إلا بعد دفع الفدا، استحسنه ابن عبد السلام ومال إليه ابن ناجي من شيوخه، قال: لكثرة النهب في بلادنا، فيقدر من له وجاهة عند الإعراب تفكيك ما انتهبوه بأقل من ثمنه، فلو أخذه مالكه من غير شيء استد هذا الباب.

وإلى هذا أشار الشيخ خليل في مختصره بقوله: والأحسن في المفدي من لص أخذه بالفداء[1]، قال بعض شراحه: أي أخذه بالفداء الذي لا يمكن الخلاص إلا به، فإن أمكن الخلاص بلا شيء، أو بدون ما دفع، فإنه يأخذه في الأول بلا شيء، ويأخذه في الثاني بما يتوقف خلاصه عليه به، واستفيد من هذا أن اللص الذي تناله الأحكام ليس على ربه (ص 523 ت) دفع ما دفع له فيه من الفداء، إذ هذا مما يمكن خلاصه بدونه، وكل هذا إذا أفاده لربه، وأما إذا أفداه لتملكه هو فإن ربه يأخذه بلا شيء مطلقاً انتهى، وقال ابن عات: أكثر عروض هذه النازلة، والأظهر إن فداه بحيث يرجى له به خلاصه من اللص، بأمر ما من حرمة ربه أو قوته، أو إغاثة تمنع اللص منه حرمان فاديه، فيتحصل من جملة هذا الكلام أنه يشترط في أخذ الفادي أن يكون فداء الشيء لربه لا يتملكه، وأن يكون ما فداه به لا يمكن الخلاص بدونه حسبما تقدم تفصيله، وهذا على القول الأحسن، ومقابله أخذه مجاناً بغير شيء، قال ابن رشد القفصي، وهو الأقيس انتهى[2].

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 108، لمزيد من التفصيل ينظر نوازل مغترق الذمة والفدا من اللصوص والمداراة، للشيخ محمد فال بن أحمد فال، ملحقة بكتاب التقسيم والتبيين في حكم أموال المستغرقين، ص 355-361.

(2) دفع الأموال للصوص لاسترداد ما سرقوا، يعتبره الفقهاء من المداراة يقول الشيخ محمد فال في منظومة نوازل مغترق الذمة والفداء من اللصوص والمداراة، ما يلي:

ومدع دفع لصوص والشراء ... لهم بما قد قل أو ما كثرا
كلف أن يثبت ما قد دفعا ... وقوله فيما اشتراه نفعاً
إلا إذا من نفسه اشترى فلا ... بل يتعقب الذي فعلا

التقسيم والتبيين في حكم أموال المستغرقين، ص 358.

[مسألة من ضُرب بالسيف على رأسه فينكسر فلا يغرم المضروب ثمنه]

وللشيخ عبد القادر الفاسي ما نصه: سئل عن من ضرب رجلاً بسيفه فأنكسر على رأسه، فهل يغرم السيف أم لا؟

فأجاب: وأما المضروب بالسيف فينكسر على رأسه، فلا غرم عليه، قاله الآبي على حديث العاض[1]، وبذلك أفتى سيدي عبد الله العبدوسي، والشيخ القوري، والله أعلم[2].

(1) رواه الإمام مسلم في صحيحه بعدة روايات، منها أن رجلاً عض ذراع رجل، فجذبه فسقطت ثنيته، فرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأبطله، وقال: أردت أن تأكل لحمه، حديث رقم 1673، ص 1300/ 3.

(2) المسألة في أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص98/ 1.

مســـائل الاستحقاق

[من وجد دابته عند رجل وأراد أن يقيم البينة على أنها له، ماذا يجب عليه]

سئل الشيخ عبد القادر الفاسي عن رجل وجد دابة بيد رجل، وأراد أن يقيم البينة على عينها، فقال له من بيده الدابة: ضع قيمتها وخذها، فما وجد ما يضع، فهل يكفيه ضامن المال، أو ضامن الوجه؟

فأجاب: وأما الدابة التي أراد المستحق أن يذهب بها، فإنها تقوم بقيمتها، وتوضع تلك القيمة بيد أمين، فإذا قال: ليس عندي قيمة، وأراد أن يعطي ضامناً بها، قال ابن عبد الرفيع: ليس له ذلك إلا أن يرضى من وجدت في يديه، انتهى[1]، ويأتي له في أول العتق كلام على الأمة المستحقة بحرية.

[حكم المشتري يعلم تعدي البائع من عدمه، وحق رب الشيء إذا باعه الفضولي فات أو لم يفت؟]

ومن خط الشيخ أحمد المكني ما نصه: جواب للشيخ محمد بن مقيل:

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 34/ 2.

إذا كان المشتري غير عالم بتعدي البائع، أو كانت هناك شبهة تنفي على البائع التعدي، فالغلة للمشتري، وأما إن كان المشتري عالماً بتعدي البائع، فإنه يكون كالغاصب، وتكون الغلة للمستحق، وأما البيع، فمعلوم أن بيع الفضولي موقوف على رضى المالك، وذلك حيث لم يفت، وإن فات بذهاب عينه فالمالك مخير في مطالبة البائع المتعدي بالمثل أو القيمة، والله أعلم.

[مسألة استحقاق الورثة لثلث الأرض التي بيع نصفها إلى الغير]

وله جواب أيضاً نصه: إذا استحق الورثة ثلث جميع الأرض على الشياع، بعد بيع مشتري جميع الأرض نصفها على الشياع، فهذه المسألة من فروع قاعدة الجزء المشاع هل يتعين أم لا؟ قال بعضهم: وعلى ذلك من باع نصف عبد يملك جميعه ثم استحق (ص 524 ت) نصفه، هل يجري الاستحقاق فيما بيع وفيما بقي؟ وهو مذهب المدونة، أو إنما يقع الاستحقاق في الباقي، والبيع منعقد في النصف المبيع، وهو مذهب أشهب وسحنون قال: وغيره خطأ، انتهى والله أعلم.

انظر الورقة الثالثة من كتاب الشهادات[1].

[مسألة رجل تعدى على أرض وأعطاها لآخر يزرعها ثم استحقت لصاحبها]

وسئل شيخنا سيدي أحمد المشهور بالقيرواني[2]، عن رجل تعدى على أرض لآخر بالبادية، وأعطاها لرجل حرثها وزرعها، فقام على الحارث الآن ربها، وطلب أرضه، هل له ذلك، ولا شيء للحارث في الزرع الذي حرثه بها حيث استحقها ربها منه قبل فوات ما تراد له، أم لا؟

فأجاب بما نصه: الحمد لله، إذا لم يفت وقت ما تراد له أخذها

---

(1) فيما يأتي من الكتاب.

(2) هو أحمد بن عمر نزيل طرابلس تقدمت ترجمته.

وحرثها، وإلا فله أجر مثلها، والله أعلم، كتبه أحمد بن عمر القيرواني – عفى الله عنهما – انتهى من خطه.

[جواب آخر للمؤلف على نفس المسألة]

قلت: وقوله: له أخذها وحرثها، ظاهره أنه يأخذه من غير شيء مطلقاً وليس كذلك، بل إنما يأخذه من غير شيء إذا استحق قبل أن يبلغ الزرع حد الانتفاع به، وإلا فله أن يأمر الزارع بقله زرعه، وله أن يأخذه بقيمته على ما هو مقرر في محله، والله أعلم.

[من أشترى بعيراً فاستحق من يده ببينة معتبرة]

وسئل الشيخ أحمد المكني عن ما حاصله: من اشترى بعيراً فاستحق من يده ببينة معتبرة، ولو بلي المكان الواقع فيه الاستحقاق من كتاب شهادتهم[1] فمضى مشتري البعير المستحق من يده إلى البائع، وأخبره، وأحضر له الشهود فرضي بشهادتهم وسلم في البعير لصاحبه، والتزم للمشتري برد الثمن، ولم يطلب إذ ذاك كتبهم، ولما غاب الشهود امتنع عن رد الثمن حتى يكتب له بشهادتهم؟

فأجاب: إذا كان الأمر كما ذكر من رضي البائع بالشهادة المذكورة وتسليم البعير لمدعيه، والتزامه للمشتري بالثمن من غير مقال، فلا مقال له في دفع الثمن المذكور من توقف، انتهى، ومن خطه نقلت.

[إذا استحق المبيع فعلى البائع أن يخاصم المستحق وليس المشتري]

ومن خط الشيخ محمد بن مقيل ما نصه: لا يلزم المشتري الطعن في بينة الاستحقاق وعلى البائع أن يأتي بمدفع فيها، فإن لم يكن خصام فيها، قضي عليه برد الثمن حيث لا مقال له، والله أعلم، انتهى[2].

(1) المعنى أن وثيقة الشراء بلي منها مكان الإشهاد على استحقاقه للبعير بتلف أو حرق.

(2) هنا مطابق للقانون فضمان الاستحقاق يكون على البائع وليس على المشتري.

كتاب الشفعة

[الشريك ترك الشفعة لأجل ارتفاع ثمن الحصة المبيعة، ثم اكتشف أنه قليل]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عن رجل مشترك مع ابنه وابنته محجورته في ربع، ثم عمد الأب إلى نصيب ابنته فاشتراه لنفسه، وسمع ذلك الابن، فذكر له (ص 525 ت) أنه اشتراه بثمن كثير، ولم يطلعه على رسم الشراء، فلما مات الأب تنازع الورثة في الميراث، فأخرجوا العقود [التي وثقها القاضي على يده][1] فأطلع الولد على رسم الشراء، فوجد الثمن أقل مما ذكر الوالد، الذي ترك الولد الشفعة من أجله، فأراد الآن القيام بالشفعة بعد مدة طويلة، ولكن إنما سكت لعدم إطلاعه على العقد وغلاء الثمن؟

فأجاب: إن الولد إذا أخبر بالثمن الذي وقع به البيع، فكرهه لأجل الغلاء وسكت، ثم أطلع على الكذب في الثمن، وأنه أقل مما ذكر، قلةً ظاهرة، فله الأخذ بالشفعة، ويحلف ما سلم أو سكت إلا لكثرة الثمن، وله من المدة بعد إطلاعه على ذلك ما للحاضر الذي لا عذر له[2].

---

(1) ما بين القوسين إضافة من الطبعة الحجرية لأجوبة الفاسي.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 98-99/ 1.

[تنبيه المؤلف على مسائل لها علاقة بالشفعة]

قلت: وتقدم له في المغارسة مسألة إذا باع عاملها قبل تمام العمل، هل لرب الأرض شفعة أم لا[1]؟ وتقدم له وللشيخ أبي القاسم عظوم في باب الحجر مسألة ما إذا رد ما بيع على سفيه، هل له أن الأخذ بالشفعة أم لا[2]؟

[غائب لا يعرف حصته في الميراث ولما أثبته وجد شريكه باع نصيبه، هل له الأخذ بالشفعة]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم - رحمه الله- عن رجل توفي وترك أولاداً ذكوراً وإناثاً، منهم البالغ ومنهم دون البلوغ، فارتحل أحد الأولاد من بلد الحمامات[3]، إلى تونس وتزوج بها، واشتري ملكاً بها [ثم مات] وترك أولاده بحال صغر وإهمال، ولم يعلموا ما خلف أبوهم من الربع في الحمامات، حتى بلغ ولده وقدم إلى بلد أبيه، فسأل عما خلفه أبوه بين أعمامه، فنكره أعمامه في الملك، فترافعوا للحاكم الشرعي، وثبت ما خلفه أبوه مع أعمامه، فظهر أن عمه وعماته باعوا نصيبهم من الملك المخلف عن جده لامرأة أجنبية، فأراد هذا القائم أن يأخذ من يدها المبيع بالشفعة لكونه كان غائباً عن بلد أبيه، ولا يعلم له بمخلف أبيه من الملك، فهل يقضي له بالشفعة في المبيع من يد المشترية المذكورة، والحال ما ذكر أم لا؟

فأجاب: إذا كان الأمر كما ذكر، وثبت ملك الولد القائم، لا يسقط المشفوع، إلى وقت قيامه وغيبته الغيبة المتصلة، وملكية البائعين، واسقط الإعذار في ذلك كله ممن يجب له، فللولد القائم المذكور أن يأخذ المبيع بالشفعة من يد المشترية، هذا محصول كلام الشيخ ابن رشد، والشيخ ابن عات وغيرهما، والله تعالى أعلم، وبه التوفيق.

---

(1) هكذا، والمسألة المشار إليها سوف ترد في كتاب المغارسة فيما ياتي.

(2) يراجع باب الحجر فيما سبق.

(3) مدينة في الجمهورية التونسية.

تذييله: [بيان شروط الأخذ بالشفعة]

شروط الأخذ بالشفعة:

أ - ثبوت ملك الشفيع، وهو الولد القائم في النازلة للشقص المبيع.

ب - والإشاعة بينهم في الشركة (ص 526 ت) احترازاً من تقدم وقوع قسمة بينهما في الربع المشترك، فإن القسمة مانعة من الشفعة، للحديث[1].

ج - ثبوت الشراء.

د - والإعذار إلى الفريقين المتبايعين، وهما في النازلة: العم والعمتان.

هـ - والمرأة الأجنبية المشترية.

فهذه الشروط الخمسة مذكورة في الورقة (. . .) من التبصرة عن ابن رشد[2]، في الورقة (. . .) من الطرر، وفي أول شفعة البرزلي، أدخل كلام بعضهم في بعض، فحصل من مجموعة الخمسة، وإلى كلام الشيوخ الثلاثة أشرت بقولي في خاتمة الجواب، هذا محصول كلام الشيخ ابن رشد، وأوعبت النقل في الورقة (. . .) من السابع.

وغيبة ما بين الحمامات وتونس قرب، لكن لم أر الآن في باب شفعة الغائب تحديد، فالثلاثة الأيام والأربعة يقدر معها، وغيبتها لك كله تحديد وأما الحوز على الغائب، الحوز في الورقة المائة من الطرر، والغيب إنما رأيته في باب الحوز على الغائب في الطرر، حيث ذكر حقها، أوعبت ذلك كله في بحث الحوز في عاشر رجب [عام] 1000[3].

---

(1) الحديث رواه الإمام مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن عوف: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضي بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه حديث رقم 1420، ص 466.

(2) تبصرة ابن فرحون، ص 150/ 1، وهذه الشروط معمول بها حالياً في التشريع الليبي إضافة إلى بعض الشروط الإجرائية التي أضافها المشرع كإيداع الثمن مثلاً في خزانة المحكمة إلخ، انظر شرح ذلك في كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، ص 277-332، الجزء الأول.

(3) لم يذكر الشيخ عظوم مكان ذلك، وربما في كتابه برنامج الشوارد، أو في أجوبته على النوازل التي يذكر ابن مخلوف أنها بلغت ثلاثين مجلداً، شجرة النور الزكية، ص 292/ 1.

[هل تجوز الشفعة فيما لا ينقسم من الأموال]

ومن خط الشيخ أحمد المكني - رحمه الله- ما نصه: وسئل شيخنا الأجهوري رحمه الله عن الشجرة الواحدة وما جرى مجراها مما لا ينقسم، هل فيها الشفعة دفعاً لضرر الشركة أم لا شفعة فيها؟

فأجاب: إنه قد اختلف قول مالك في الشفعة فيما لا ينقسم على الوجه المطلوب، قال ابن عبد السلام: وكلا القولين في المدونة ما يدل عليه، والقول بعدم الشفعة فيه، قال به ابن القاسم، والشفعة به العمل، وشهر ابن غلاب ما قال به ابن القاسم، وذكر أبو الحسن الخلاف عن مالك، فقال: في قول المدونة: وفي الحمام الشفعة ما نصه في الأمهات، قال ابن القاسم: الشفعة فيه، ابن يونس، قال المواق: وهو أحق أن يكون فيه الشفعة من الدور والأرضين لما في ذلك من الضرر، وقال مالك وأصحابه أجمع، وقال ابن الماجشون، في غير كتاب محمد: أبى مالك من الشفعة في الحمام من قبل أنه لا ينقسم، إلا بتحويله عن أن يكون حماماً(1)، وأنا أرى فيه الشفعة، انتهى المراد منه، وكلام ابن ناجي ومن وافقه يفيد أن ما به العمل يقدم على المشهور انتهى.

[الوارث بالتعصيب والمشتري يدخل بنصيبه في الشفعة]

وسئل الشيخ محمد بن ناصر الدرعي عن ثلاثة رجال عصبوا رجلاً واشترى واحد منهم من بعض الورثة، وبقي مدة طويلة لم يقسم، ثم أراد العصبة الشراء ممن بقي، بين لنا كيف يدخلون في البيع، لأن المشتري (527 ت) الأول يريد أن يدخل بالحظ الذي اشتراه، فأبوا وقالوا نحن عصبة نستوي في البيع، ما حكم ذلك؟

---

(1) في كتاب الشفعة الثاني من المدونة: قلت: أرايت الحمام هل فيه شفعة في قول مالك؟ قال نعم، ص 240/ 4.

فأجاب: إنه يشفع بما عصب وبما اشترى لا كما يقوله بقية العصبة[1].

[مسألة الشفعة في مقايضة حصة شائعة بأخرى مثلها]

وسئل عمن عاوض أرضاً بأرض، عرف كل منهما قدر ذلك [مثل الأقارب كانت لهم أرض في درعة مثلاً، وأخرى في سوسة، ولم يقسما مع بقية أخوانها][2]، هل تجب لهم شفعة بالقيمة أم لا؟

فأجاب: نعم تجوز[3] الشفعة في ذلك بقيمة ما خرج من يد المشتري[4].

[مسألة ما يدفعه الشفيع للمشتري، هل الدراهم المذكورة في عقد البيع أو ما دفع مقابلها]

وسئل عمن اشترى ملكاً بكذا، ودفع في ثمنه الزرع أو الثياب بقيمة فقام إليه الشريك بالشفعة، هل له أخذ الدراهم، كما سمى في البيع، أو الأشياء بالقيمة؟ لأن صاحب الشفعة يريد دفع الأشياء بالقيمة، فأبى المشتري، ما الحكم في ذلك؟

فأجاب: يأخذ بما سمى في البيع، وهو الدراهم[5].

---

(1) المسألة في الأجوبة الناصرية، ص 69، وقد اختصرها المؤلف، وفي أجوبة ابن ناصر: لسقوط شفعتهم فيما اشتراه، ولا بسكوتهم أكثر من سنة، والمعنى أنه يجوز له الأخذ بالشفعة بنصيبه الذي آل إليه بالتعصيب وبحصة التي اشتراها فيما بعد، وبذلك يختلف عن بقية العصبة، والله أعلم.

(2) ما بين القوسين لم يذكره المؤلف في الأصل.

(3) في (ت) تجب، وكذلك في أصل الطبعة الحجرية للأجوبة الناصرية، وفي الهامش تجوز، ص 69.

(4) تفسير ذلك أن التصرف كان في حصة شائعة قايضها بحصة شائعة في عقار آخر أو بعقار يوجد فارق في الثمن دفعه المقايض لعقار الشريك لصاحب الحصة المبيعة، ومن هنا جازت الشفعة في قيمة ما دفعه المشتري في مقابل بيع الحصة المشاعة، والله أعلم.

(5) الأجوبة الناصرية، ص 71، وقد وردت في الأصل مختصرة بما يخل بالمعنى، ونقلتها من الأجوبة.

[مسألة تفسير عبارة ما لا ينقسم في باب الشفعة]

وسئل شيخنا سيدي أحمد بن الحاج الفاسي عن تفسير ما لا ينقسم في باب الشفعة، هل هو ما ينقسم على مقام النصف؟ وإن كان لا ينقسم على كل الأجزاء في بعض الصور المتنازع فيها، لكثرة السهام فيها ودقتها، ما ينقسم على أقل الأجزاء في الصورة المتنازع فيها، فيكون الشيء الواحد تارة تكون فيه الشفعة، وتارة لا؟

وبالثاني جزم الشيخ علي الحضيري الفزاني[1]، أحد تلامذة الشيخ سالم السنهوري في شرحه على الشيخ خليل، ونسب للشيخ سالم في تقريره؟

فأجاب: قال ابن الحاجب: وفي غير المنقسم كالحمام ونحوه قولان بناء على أنهما لضرر الشركة، أو لضرر القسمة[2]، قال في التوضيح: ومنشأهما، يعني القولين، ما أشار إليه المصنف، وهو أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، وهل ذلك لدفع ضرر الشركة، فيجب الشفعة حتى لا يتضرر بالشريك الداخل، وإنما ذلك لدفع ضرر القسمة، لأن أحد الشركاء له، طلب الباقين بالقسمة، وإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشي الباقون أن يدعوهم المشتري إلى القسمة، وقد يكون ذلك يضر بهم، لأن كل واحد يحتاج إلى استحداث مواقف في نصيبه غالباً، فشرعت الشفعة لهذا الضرر.

وعلى هذا، فلا شفعة فيما لا ينقسم لعدم حصول الضرر، والأول أظهر للاتفاق في وجوب الشفعة فيما ينقسم من حيث الجملة، إلا أنه لا يمكن فيه القسم على الأقل، فلا يقول بالشفعة لكثرة الشركاء، انتهى[3].

---

(1) الشيخ علي الحضيري تقدمت ترجمته، وهو من تلاميذ الشيخ سالم السنهوري، وله شرح على مختصر خليل.

(2) جامع الأمهات، كتاب الشفعة، ص 266.

(3) نقل الوزاني هذه المسألة، وأشار إلى أن السؤال من طرابلس، ولكنه أختصرها كثيراً في السؤال وفي الإجابة ذكر: فأجاب: المراد به الثاني بالمعنى، ص 396-397/ 7، فهو موافق لما أجاب به الشيخ الحضيري.

[المراد أن يكون الشيء قابلاً للقسمة في عمومه لا بحسب الأنصبة]

فقوله: للاتفاق في وجوب الشفعة. . إلخ (ص 528 ت) يعلم منه أن المراد بالانقسام من حيث الجملة، لا على أقلهم نصيباً، إذ لو كان كذلك لما كان الاتفاق على وجوب الشفعة فيما ذكر، إذ لم يكن القسم على الأقل، فلا يقول بالشفعة من اشتراط للانقسام، وليس كذلك، إذ قال في هذه الصورة: فالشفعة على من اشترط الانقسام وغيره كما قال، انتهى.

[رأي آخر أن يكون الشيء قابلاً للقسمة على حصص الشركاء]

وقد ذكر الشيخ علي الأجهوري، وتبعه على ذلك تلميذه الشيخ عبد الباقي الزرقاني، أن ينظر إلى حصة مريد الشفعة، فإن اقتسم الشيء عليها وجبت له الشفعة، وإلا سقط حقه منها، ونظر إلى حصة من يستحقها بعد ذلك، وهكذا، ونصه، أعني الشيخ علي الأجهوري، عند قوله: وقدم من يشاركه في السهم، أي حيث كان نصيبهما ينقسم عليهما، لأن ما لا ينقسم عليها لا شفعة فيه على المذهب، فالزوجات التي لهن الثمن مع ابن إذا باعت واحدة منهن، فإن كان نصيبهن ينقسم عليهن قسمة شرعية على الثمن، فإن كان (. . .) النصفين لا ينقسم على الثمن لم يكن له شفعة، انتهى[1].

---

(1) علل الإمام ابن رشد في المقدمات خلاف المتأخرين من المالكية إلى أن القائلين بعدم جواز الشفعة في ما لاينقسم من الأموال إلى أن الحكمة من الشفعة هي الضرر الناتج عن اقتسام المال بعد الأخذ بالشفعة، أما القائلون بجواز الأخذ بالشفعة فيما ينقسم وما لا ينقسم هو الضرر الناتج عن دخول شريك جديد، ولم يرجح أحد القولين، ولكنه استظهر أن الشفعة لا تجوز إلا في الأصول والرباع، ص 62-65/ 3.

أما في مسائله قال: إن أهل العلم قد اجمعوا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أوجب الشفعة للشركاء وقضي بها، من أجل ضرر الشريك الذي أدخله البائع عليهم، فإذا باع بعض أهل السهم حظه منهم وأخذ من لم يبع منهم بالشفعة، فقد ارتفع الضرر عن سائر الأشراك بإخراج المشتري عنهم، مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 242/ 1، وبذلك يتضح أن الشفعة تجوز فيما ينقسم وفيما لا ينقسم، وهو ما أفتى به الشيخ المكني في الفتيا الموالية، والله أعلم.

[شركاء في ثلاث نخلات باع أحدهم نصيبه تجوز في ذلك الشفعة]

وسئل الشيخ أحمد المكني - رحمه الله- عن رجل له شركة مع أناس في ثلاث نخلات، له الشطر ولشركائه الشطر، فباع شركاؤه نصيبهم من أجنبي فهل له شفعة عليهم أم لا؟

فأجاب: تثبت الشفعة في النخلات المذكورات محتملة للقسم، وقيل تثبت الشفعة في العقار وإن لم يحتمل القسم، والله تعالى أعلم، وبه التوفيق انتهى.

[الزارع بحسن نية له قيمة زرعه إذا استحق العقار أو أخذ بالشفعة]

ومن خطه ما نصه: للمشتري صاحب الشبهة الذي ليس بمتعدٍ في غرسه قيمة غرسه قائماً من المستحق أو الشفيع(1).

(1) المقصود له شبهة حق وليس بمعتد، فيكون حسن النية، وبذلك استحق قيمة زرعه قائماً لا مقلوعاً، والله أعلم.

كتاب القسمة (*)

تقدم في أول باب الوكالة من كلام الشيخ عبد القادر الفاسي، قسمة الوكيل وظهور الغبن فيهما[1].

[حكم ظهور دين على المورث بعد قسمة تركته]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم عمن قسمت تركته كلها، ولم يبق منها إلا ربع دار، فاستظهرت بنت له برسم صداق أمها على والدها صاحب الربع؟

فأجاب: إذا بقي ربع الدار المخلف عن الأب المديان بدون قسمة وحلفت البنت المذكورة إنها كما عثرت على صداق أمها صاحبة الدين المذكور، قضي لها بقدر ميراثها من صداق أمها، فيخرج لها ذلك من ثمن ربع الدار المخلف عن أبيها المديان، مبدءاً على الميراث، بهذا أفتى أيوب بن سليمان[2]، وعبد الله بن يحيى، ومحمد بن لبابة، وسعد بن معاذ، وغيرهم والله أعلم، وبه التوفيق.

(*) من باب القسمة يكون الاعتماد في تحقيق الكتاب على نسختين، الأولى (ت) والثانية (خ) التي حصلت عليها من سوق الخميس ليبيا، إضافة إلى المصادر الأخرى المطبوعة والمخطوطة والمطبوعة حجرياً.

(1) يراجع باب الوكالة فيما سبق.

(2) لعله: أبو صالح أيوب بن سليمان المعافري القرطبي، الإمام الفقيه الحافظ العالم، دارت عليه =

تذييله: [بيان المصادر التي نقل منها الرأي]

نقلت هذا الفرع من باب التفليس من حواشي الشيخ ناصر الدين اللقاني على التوضيح، وهو ناقل لذلك من أحكام القاضي ابن سهل رحمه الله تعالى وذكر: -

فرع [إذا قسمت تركة الميت يسقط قيام رب الدين إذا كانت القسمة في حضوره]

ما إذا قسمت تركة الميت، ولم يبق منها ما يقضي منه دينه، فإنه يسقط قيام رب الدين بحضوره للقسمة جميعها، إذا لم يكن له عذر يتعذر به، وذكر أنه لا فرق بين قسمة ورثة الميت وقسمة غرماء المديان الحي.

وسبب توجه اليمين عليها، على ما ذكر، لأجل قول السائل في سؤاله: لم يبق من مخلفاته كلها عدا ربع الدار، فدل على أنه له مخلفات قسمت فيمكن أن يدعي عليها السكوت والرضى بإسقاط حقها عند قسمة مخلفاته المذكورة، فاعرفه، فإن في كلام ابن سهل، توجه اليمين إذ قال رب الدين: إنه لم يعلم بالكتاب، أو علم بالكتاب وقال: بعت نصيبي من الدار، فعلم بأن فيها سواها وفاء بحقي، وأردت بغيرهم: يحيى بن عبد العزيز(1)، وابن الوليد(2) حسبما ذلك كله في كلام ابن سهل المنقول، واعرف مديان حاشية الوانوغي.

[كيفية قسمة الأصول وتقويم الحصص]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل رحمه الله، عن قوم مشتركين في عقار، هل يقسم بالقيمة أو المساحة؟

= الشورى مع ابن لبابة، توفي سنة 301 هـ ترتيب المدارك، ص 546/ 4، شجرة النور، ص87/ 1.

(1) لم أقف له على ترجمة.

(2) لعله محمد بن وليد بن أسلم بن عبد العزيز القاضي، من الأندلسيين، توفى سنة 264 هـ ترتيب المدارك، ص 80/ 3.

فأجاب: يقسم العقار بالقيمة في قسمة القرعة، فيجرى بالتقويم على مقام أقلهم (ص 530 ت)، (ص1 خ) جزءاً، كما هو مبين في موضعه، وإذا كان المقسوم أرضاً فيها شجر متفرقة، فيقتسموا الأرض والشجر جميعاً، إذ لو أفردت الأصول، لربما وقعت أصول الرجل في أرض غيره، حسبما هو مصرح في كلامهم، ثم إن من شرط القسمة التي يجبر عليها من أباها، أن يحصل لكل واحد من الشركاء في نصيبه ما يشفع به، كما أشار إليه في المختصر بقوله: وأجبر لها كل إن انتفع[1]، وبيان الانتفاع المطلوب مقرر في شروحه، والله أعلم[2].

[حكم القسمة على الغائب وحكم الزرع الذي قام به أحد الشركاء فوقع في حصة غيره]

وله أيضاً جواب: إذا لم تتوفر شروط القسمة على الغائب، فله نقضها وأما ما غرسه الغارس في الحصة التي أخذ له وللغائب، فهو من الغرس في أرض مشتركة بينه وبين الغائب في اعتقاده، وقد ذكروا ذلك تفصيلاً في جملته: إذا كان الغرس بغير إذن الشريك، فإنه إذا قسمت الأرض، ووقع الغرس في حصة غارسه كان له، وإن وقع ذلك في حصة غيره، وهو الشريك الذي لم يأذن، كالغائب في هذه المسألة، فإنه يخيرّ بين أن يأخذه، ويعطي الغارس قيمته منقوضاً، أو يسلم إليه نقضه، وإن لم يرد أحدهم القسمة، بل أرادوا إبقاء الأرض مشتركة، فللغائب الدخول مع صاحبه في الغرس بعد أن يعطيه قدر حصته من قيمة عمله، قيل قائماً وقيل منقوضاً، وصرح بعضهم بأنه الراجح.

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 234.

(2) يرى الإمام الحطاب أن القسمة لا تتم في الفرن والرحى والمعصرة، حيث تفقد منفعتها بالقسمة، ونقل الإمام المواق قول ابن رشد، الذي جرى به العمل عندنا أن الدار لا تقسم حتى يصير لكل واحد من الشركاء من الساحة والبيوت ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه، مواهب الجليل، ص 346/ 5.

[إذا كان الغارس غير شريك في الأرض ثم وقعت القسمة]

وهذا فيما بين الغارس وشريكه الغائب المذكور، حيث وقع الغرس منه في الحصة المذكورة من غير إذنه، مع اعتقاد أنها مشتركة بينهما، وأما فيما بينه وبين غيره مما وقع الغرس بعد القسمة معه، فإذا كانت القسمة من الشبهة فمعلوم أن الغارس إذا كان ذا شبهة، يكون له قيمة غرسه قائماً على التفصيل المعلوم في ذلك، انتهى.

[حكم القسمة على الغائب، وهل يبقى له الحق في الشفعة؟]

وله جواب عن مسألة الشركاء في أرض، يبيع بعضهم حصته منها في غيبة بعضهم، هل للقاضي أن يقسم على الغائب، إذا طلب ذلك المشتري؟

[الجواب] نصه: أعلم وفقنى الله وإياك، إنه وقع في جواب ابن المواز عن الإشكال المشهور في تصوير مسألة إعطاء المشتري قيمة بنائه قائماً مع ثبوت الشفعة، أن يكون شريك البائع غائباً، فرفع (ص 2 خ) المشتري للسلطان في القسم، والقسم على الغائب جائز، يقسم عليه بعد الاستقصاء، وضرب الأجل، ثم لا يبطل ذلك شفعته، وهذا ثالث الأجوبة (ص 531 ت) الخمسة التي أشار لها الشيخ خليل بقوله: أما لغيبة شريكه فقاسم وكيل أو قاض عنه. .إلخ[1]، وظاهر هذا الجواب أن للقاضي القسم على الغائب بعد مراعاة الواجب في ذلك، ويكون الغائب على شفعته.

[لا تجوز القسمة إلا على الغياب فقط وليس شفيعاً]

لكن الشيخ ابن عرفة رحمه الله قال في جواب ابن المواز المذكور: يريد أن يقسم عليه على أنه شريك غائب فقط، لا على أنه وجبت له الشفعة، ولو علم ذلك لم يجز له أن يقسم عليه، إذ لو جاز قسمته عليه، لكان كقسمه هو

---

(1) ما جاء في باب القسمة في مختصر الشيخ خليل: وقسم عن صغير: أب أو وصي وملتقط كقاضي عن غائب، ص 235.

على نفسه، إذ لا يجوز أن يفعل الحاكم عن غائب إلا ما يجب على الغائب فعله، فلو جاز قسمه عليه مع علمه بوجوب الشفعة، لما كانت له شفعة، ولما تقررت لغائب شفعة، لقدرت المشتري على إبطالها بهذا، انتهى. وهو صريح في أنه لا يجوز قسم القاضي على الغائب مع علمه بوجوب الشفعة، والله أعلم، انتهى.

[من غرس شجرة في أرض مشتركة وعند القسمة وقعت في نصيبه يدفع قيمة الكراء]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل عن رجل غرس شجرة في أرض كانت مشتركة بينه وبين إخوته بغير إذنهم، ثم قسمت ووقعت الشجرة في حصة غارسها المذكور، هل تكون له أم لا؟

فأجاب بعد الصدر بما نصه: إذا وقعت الشجرة في حصة غارسها الخارجة له بالقسمة، كانت له، وعليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيبهم من الأرض قبل القسمة والله أعلم.

[لا تجوز قسمة الثمر في العراجين إلا كيلاً أو خرصاً للضرورة]

وسئل الشيخ محمد بن ناصر الدرعي عن الشريكين في الثمار، هل يجوز أن يقتسموها بالعراجين أم لا؟

فأجاب: لا تقسم إلا كيلاً، أو خرصاً إذا اختلفت حاجة أهلها أو قلت وهل يبيعها واتحدت، وكلها بسر أو رطب، ولا تجوز قسمة ذلك جزافاً للمزابنة[1]، وتخرج زكاة الحائط[2] أولاً، ثم يقسم ثمره بعد ذلك بين الخماس وربه، انتهى[3].

---

(1) المزابنة: هو اشتراء الثمر بالثمر في رؤوس النخل، وقيل هي بيع برطب كيلاً، وبيع زبيب بعنب كيلاً، دليل المصطلحات الفقهية، ص 49.

(2) الحائط يعني البستان أو المزرعة الصغيرة.

(3) الأجوبة الناصرية، ص 75.

[كيفية قسمة البقول، وجمع الزيتون في المعصرة]

وسئل: هل يجوز قسمة البقول كجزر، وهو الأسفنارية[(1)]، واللفت بالأحواض أو المذارعة[(2)]، وكذا بيعه، وهي باقية في الأرض، وكذا قسمة الزرع والذرة والدخن بالحزم أو بالخرص أو بالقفاف[(3)]، قبل درسها؟ (ص 3 خ).

فأجاب: لا تجوز قسمة ما له أصل داخل في الأرض، كاللفت والجزر وغير ذلك إلا بعد استخراجه من الأرض، فيقسم جزافاً بالتحري، أو قبل حفره بالأحواض، بشرط إلا يفترقوا عنه حتى يحفروه، وبيع ذلك لا يجوز إلا بعد حفره، وكذا لا تجوز قسمة الزرع في سنبله، ويجوز جمع الناس الزيت في المعصرة إذا تساوت الصفة بعد عصرها بمعرفة أربابها، للرفق بالفقراء انتهى[(4)]، فتأمله، وراجع غيره.

[القسمة على الغائب، شروطها، وطريقة تنفيذها قضائياً]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل عن رجلين مشتركين في أرض، وأحدهما في الأسر، وطلب شريكه قسمتها، فرفع أمره للقاضي، وقسمها القاضي وأختار للأسير، هل تصح القسمة فيها على المراضاة من غير قرعة أم لا؟

فأجاب بعد الصدر بما نصه: إذا كان بعض الشركاء غائباً، وطلب الحاضر القسمة، فللقاضي يلي ذلك (ص 352 ت) عن الغائب، قال في الفائق، ثم إن القاضي إنما ينظر في ذلك بعد أن يثبت عنده الملك، والاشتراك

---

(1) الأسفنارية، ما يطلقه أهل طرابلس على الجزر، ذكر ذلك الإمام الحطاب في مواهب الجليل ص 4/509، وفي الأجوبة الناصرية وردت باسم (خيزو) وهو المستعمل حالياً للجزر في المغرب حتى الآن، ولكن المؤلف غيرها إلى الاستعمال المحلي.

(2) المذارعة: القياس بالذراع.

(3) القفة: وعاء يصنع من سعف النخيل لحمل الأشياء.

(4) الأجوبة الناصرية، ص75.

فيه على الإشاعة، وحيازته ومغيبه غيبة بعيدة، يتعذر عليه الإعذار لبعده، أو أنه غائب بحيث لا يعلم، فإذا ثبت ذلك عنده، قدم من يباشر ذلك ممن يثق بدينه ومعرفته، فيقاسم عنه بالقرعة بعد التعديل والتقويم، فإذا فعل ذلك دفع كتاب القسمة للقاضي وأثبته عنده، فإذا ظهر فيه السداد للغائب نفذه عليه، وسجل به وأرجأ الحجة فيه للغائب، وجعل حظه من ذلك بيد أمين، انتهى، والله أعلم وكتبه العبد الفقير محمد بن محمد بن مقيل، وفقه الله آمين، انتهى، وظاهره أنه لا يقسم إلا بالقرعة، فانظر وراجع.

كـــتاب القـــراض

تقدم للشيخ عبد القادر الفاسي في الربويات حكم مقارضة النصاري وكذلك ما يأخذه صاحب رأس المال مخالفاً لما خرج من يده[1].

[مسألة من أعطى مالاً لرجل قراضاً، وعندما طلبه من العامل، قال: ضاع مني في السفينة]

وسئل عن رجل أعطى مالاً لرجل على سبيل القراض، ليتجر به ويسافر في البر والبحر، وما أفاء الله عليه عليه من الربح يكون أنصافاً بينهما، إلى أن قام رب المال يطلب الرجل المذكور في المال، فقال له: ضاع في سفينة (ص 4 خ) انكسرت حين شروعنا في الركوب، وأنكر الرجل المذكور السفر في البحر، واستظهر عليه رب المال المذكور ببينة عادلة أنه سافر في البحر مسيرة يومين، وتبدل عليهم الريح، ورجعوا إلى البر، وقاموا في المرسى يومين والناس ينقلون أموالهم من الذهب والفضة إلى البر، والرجل المذكور ترك المال في السفينة مع قدرته عليه، وعدم المانع، وبعد يومين كما ذكر انكسرت السفينة، وذهب ما فيها، فهل هذا تفريط منه سيدي؟ ويضمن المال لربه أم لا

(1) يراجع ما سبق.

شيء عليه؟ وإذا قلنا ليس ذلك تفريط، فهل يضمن أيضاً لإنكاره السفر أم لا؟ أجبنا سيدي جواباً شافياً.

فأجاب: إن الذي يظهر من كلام رب المال والعامل، أنهما متفقان على ضياع المال في السفينة حين انكسرت، وإنما اختلفا في مقدار السير فيها، هل كان قريباً من الشروع أو أزيد، وذلك مما لا يضر ولا يؤثر في حكم القضية شيئاً، وإنما النظر في ترك المال في السفينة حتى تكسرت، وذهب وهو خارج منها، هل ذلك مما شأن الناس أن يفعلوه ولا يعد فاعله مضيعاً أم لا؟.

وفي نوازل البرزلي عن ابن الضابط[1]، في مثل ذلك: المقارض مأمور بالحوطة على مال القراض، والتصرف فيه بمقتضى الحزم، وموجب المصلحة، وليس له التصرف فيه بما يناقض ما جعل له، ومتى ظهر عليه تفريط أو إهمال، ضمن ما هلك بسبب ذلك، ووجب عليه الغرم، والوجه أن يبحث من قُلد النظر في المسالة عما فعله هذا المقارض، فإن كان مما أذن فيه نصاً أو بمقتضى جريان العادة، أو كان لا تفريط فيه ولا إهمال، قضي بعدم الضمان على المقارض، وإن كان الأمر بعكسه ضمنه، انتهى[2]، والله أعلم[3]. (ص 533 ت).

[لا ضمان على العامل في ضياع المال لأنه مصدق ما لم يظهر دليل على خلافه]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم بما حاصله: رجل أخذ قراضاً على المناصفة، ومكث عنده نحو سبعة أعوام، ثم سافر بالمال في قافلة تأخر عنها

---

(1) لا توجد له ترجمة، وقد نقل عنه البرزلي عدة مسائل، ولكن هذه المسألة كانت لأبي زكريا البرقي على ما وجد في النسخة المحققة حديثاً.

(2) فتاوى البرزلي، ص 447/ 3.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 71-72/ 1.

لمرض أصابه، مع رجل بعثه (ص 5 خ) للقافلة ليكتري له دابة يركبها، ليلحق عليها القافلة، فأتاه من أخذ منه المال، هل يلزمه أم لا؟

فأجاب: إذا كان الأمر كما ذكر، وأقر الرجل العامل المذكور، فلا ضمان عليه في ضياعه [المال] المذكور، ولأنه مصدق، والأصل ائتمانه وتصديقه ما لم يظهر دليل على خلافه ذلك، هذا الذي به الفتوى في المذهب، والله أعلم.

تذييله: [بيان الفتوى التي استند إليها]

قولي: بما به الفتوى، [إشارة] إلى فتوى الشيخ ابن مسكين، وهو قيرواني[1]، من تلامذة الإمام المازري، وهو في سابعة قراض البرزلي، وفي آخر وديعة البرنامج موعبة[2].

[اشترط رب المال على العامل أن يقتصر على ولاية الكاف، ولكنه سافر إلى تونس وضاع المال]

وسئل عما حاصله: رجلان أعطيا لرجل قراضاً، وذكر أنهما اشترطا عليه ألا يسافر به إلا للكاف[3]، في قافلة مأمونة، وأدعى هو أنهما أطلقا يده للسفر في عمالة تونس كلها، ولم يذكرا له المشي وحده، ولا مع القافلة، والحال أنه سافر في قافلة، فلما بلغوا عمالة الكاف، تفرقت القافلة، كل أناس قصدوا جهة على العادة، وهذا الرجل ورفيقه قصدا جهة، فَأُخِذَ ما معه، هل يلزمه أم لا؟

فأجاب: إذا كان الأمر كما ذكر، فالأصل في عامل القراض حمله على الصدق والائتمان ما لم يظهر خلافه، فقوله: إن النـزلة، يعني الموضع الذي

---

(1) ما ورد في فتاوى البرزلي: وسئل ابن مشكان، ص 464/ 3، وما ذكر في ترجمة الإمام المازري في شجرة النور، أن اسمه أبو الطاهر بن مجكان، ص 127/ 1، ولعله الحسن بن أحمد بن مشكان الطرابلسي، له كتاب في الفرائض.

(2) ما ورد في البرزلي: وهو مصدق ما لم يتبين كذبه، أو اختلاف في قوله مما يظهر كذبه، فتاوى البرزلي، ص 464/ 3.

(3) الكاف مدينة في شمال تونس، في ولاية الكاف.

تفرقوا منه، مصدق فلا ضمان عليه، على دعوى صاحب المال، والكاف وعمالته من عمالة تونس، فلا منافاة بين دعواهما وجوابه، وأما دعواهما بشرطهما عليه القفل[1] المأمون، فغير مسموعة، لأن أمر القفل أمر غيب مستغفل لا يعلمه إلا الله، فلا يعلمه العامل المذكور حتى يشترطه عليه والعامل قد أدعى أن سفره كان في قافلة، وقاعدة المذهب أن العامل إذا أدعى أنه عمل في القراض ما يعمل فيه فهو المصدق، فإن كان العادة المذكورة في السؤال، فأحرى، والله أعلم.

تذييل: [حكم قول العامل في القراض إذا نهاه رب المال عن السفر]

العامل إذا ادعى أنه عمل في القراض ما يعمل فيه (ص 6 خ) فهو مصدق دون رب المال، ذكره الشيخ ابن ناجي في الورقة الثالثة والعشرين من قراض كبيره عن الشيخ ابن يونس، ونص قوله: ولو خسر في البر، وادعى رب المال أنه نهاه عنه فتعدى، فالقول قول العامل إنه لم ينهه، ابن يونس على الواضحة فإن أذن (هكذا) وادعى أن رب المال أمره، وأنكر رب المال، فهو المصدق ويحلف، ابن يونس، وهذا بخلاف ما دل عليه قولها: إن فعل العامل ما يفعل في القراض، فلا يصدق رب المال أنه نهاه[2]، وما في الواضحة فعل (ص 534 ت) ما لا يفعل في القراض، يناسب أن يكون القول قول رب المال مع يمينه انتهى، والعادة المذكورة في السؤال هي القافلة يفترقون، ويقصد كل أناس جهة خاصة به.

[عامل القراض إذا سافر بالمال في أرض مخوفة نهي عنها وضاع المال]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل رحمه الله عن عامل القراض إذا سافر بالمال

---

(1) القفل: القافلة أو القوافل.

(2) ما ورد في المدونة: قلت: أرايت المقارض، أله أن يسافر بالمال إلى البلدان، قال: نعم، إلا أن يكون نهاه، وقال له رب المال حين دفع إليه المال في الفسطاط: لا تخرج به من أرض مصر ولا من الفسطاط، كتاب القراض، ص 654/ 3.

في أرض مخوفة فخاطر به، وقد نهي على السير فيها، فلم ينته، وأخذه المحاربون في تلك الأرض التي نهي عنها، فهل يضمن لرب المال ما هلك منه بتعديه في سيره في الأرض المذكورة أم لا؟

فأجاب بما نصه بعد الافتتاح: إذا كان الأمر كما ذكر، فإنه ضامن على ما يفيد قول المختصر: وضمن إن خالف، كأن زرع أو ساقي بموضع جور له[1]، وأشار صاحب التهذيب لذلك بقوله: وأما إن خاطر به في موضع ظلم وغرر يرى أنه خطر، فإنه ضامن[2]، والله أعلم، وبه التوفيق.

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 236.

(2) التهذيب في اختصار المدونة، ص 535/ 3.

كـــتاب المساقـــاة

[مسألة الاختلاف في دفع الثمرة في المساقاة]

بخط الشيخ أحمد المكني: إذا اختلف في دفع الثمرة في المساقاة صدق العامل قرب ذلك أو بعد، وقيل إنما يصدق بشرط الطول، انظر مسائل المغارسة والمساقاة من البرزلي، انتهى(1).

[عامل مساقاة بدأ في عمله ثم جاء المطر فاكتفى به]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم بما حاصله: رجل مساقي [اتفق معه] أن يسقي زيتوناً خمس مرات، فسقاه مرتين، ثم فتح بما أغناه عن السقي من ماء المطر، من غير تقصير منه، هل يصح له أخذ الجزء المشترط كاملاً؟

فأجاب: إذا كان الأمر كما ذكر، وبقي بعض الأوراد المشترطة، فأتى المطر وأغنى عن بقية الأوراد، فإن رب الملك المساقي، لا يحاسب العامل المساقي ببقية عمله، وللمساقي نصيبه كاملاً لا يحط منه شيء، باتفاق المذهب، والله أعلم.

---

(1) فتاوى البرزلي، ص 385/ 3.

تذييله: [بيان سند الفتوى]

بنص المختصر وهو قوله: وإن قصر عامل. . إلخ[1]، وكلام (ص 8 خ) شارحه الوسط[2].

(1) مختصر الشيخ خليل: وإن قصر عامل عما شرط: حط بنسبته، ص 240.

(2) لعله يقصد شرح بهرام للمختصر.

كتاب المغارسة

[مسألة المغارس إذا باع حظه قبل إطعام الشجر]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي عن مسألة المغارسة، وهي إذا باع عامل المغارسة حظه قبل الإطعام، وبنينا على جواز بيعه إذ ذاك، فهل تكون الشفعة لرب الأرض أم لا؟.

فأجاب: إن المسألة قد وقع الاختلاف فيها، أي في جواز بيع ما ذكر فافتى ابن الحاج بعدم جواز البيع، لأنه لم يجب له نصيب، ولو مات لَخُيِّرَ ورثته بين العمل والترك، قال البرزلي: ووجهه أنه من باب الجعل الذي لا يصح للجاعل شيء إلا بتمام العمل.

وأفتى ابن رشد بجواز ذلك، قال البرزلي: إجراءه على المساقاة لكونها في الذمة ولزومها بالعقد، وقال: وعليه بعض المتأخرين عن الرماح[1]، وغيره [من المذهب، قال]: إنه يجوز لكل واحد منهما بيع نصيبه من الشجر والأرض إذا كان المشتري يعمل في ذلك كعمل البائع[2].

---

(1) هو محمد بن عبد الرحمن الرماح القيرواني، نسب إليه البرزلي عدة مسائل في كتابه، توفي سنة 749 هـ، شجرة النور، ص 211/ 1.

(2) فتاوى البرزلي، ص 373/ 3، وما بين القوسين زيادة منها.

[ما جرى به العمل في فاس ومذهب الإمام مالك لا يجوز البيع]

وبعدم صحة البيع تجرى الأحكام ها هنا في فاس اليوم، وإذا لم يصح البيع لم تقع الشفعة، وعلى صحته تقع الشفعة فيه، لأنه عقد على الشجر والأرض، كما رأيت في كلام البرزلي، والمسألة ناظرة إلى قاعدة الشركة (ص 535 ت) التي يوجبها الحكم، هل تجب الشفعة بها قبل تقررها أم لا؟ على القولين، أحدهما: لا شفعة في ذلك، وهي رواية أشهب عن مالك، والثاني: أن الشفعة في ذلك واجبة، وهي قول أشهب من رأيه، ثم قال: وقول مالك في أنه لا شفعة في ذلك أصح من مذهب أشهب على ما أفتينا به، وقد أتيت في جوابي من الحجة بعد جواب الفقيه ابن عتاب، وفقه الله، بما يقتضي توجيه الرواية وتصحيحها[1].

[الشفعة لا تكون إلا بين الشركاء في الشيوع وفقاً لمذهب الإمام مالك]

ثم قال: لأن مذهب مالك رحمه الله، وجميع أصحابه، لا شفعة في الأصول إلا فيما بين الشركاء على ما ثبت من قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، بالشفعة فيما بين الشركاء ما لم تقع الحدود[2]، والشريك بإجماع أهل العلم، إنما هو الذي يشارك الرجل في رقبة المال بجزء معلوم على الإشاعة فلا يختص أحدهما دون صاحبه بضمان ما يطرأ عليه من هلاك (ص 9 خ) أو غصب أو استحقاق، انتهى[3].

[لا يعتبر المغارس شريكاً في الأرض أو الشجر، ولكنه يتملك منها بعد انتهاء المغارسة]

ومسألة المغارسة المسؤول عنها، لم يملك [المغارس] وقت هذا البيع جزءاً في رقبة المال، إلا أنه سيملكه عند التمام، ولو طرأ عليه غصب أو

---

(1) المقدمات الممهدات لابن رشد، ص 86/ 3.

(2) الحديث سبق تخريجه، انظر فيما سبق كتاب الشفعة.

(3) المقدمات الممهدات، لابن رشد، ص 89/ 3.

استحقاق لم يلزمه شيء، وكان الضمان من رب الأرض وحده، وجميع ذلك ليس من شأن الشريك، ثم قال ابن رشد: ومعنى قول أهل العلم في مثل هذا البيع إنه جائز وهما شريكان، إنما هو أن الحكم يوجب القسمة بينهما عند التشاح على حكم الشركة، لأنهما شريكان من الآن بعقد البيع، هذا ما لا يصح أن يتأول عليهم بوجه، انتهى[1].

والإشارة في قوله: في مثل هذا، راجعة إلى صورته التي أجاب عنها إلا أن تعليله شامل للمسألة المسؤول عنها، بل هي أحرورية الدخول، لأن إيجاب الحكم للقسمة عند التشاح، إنما هو في المستقبل عند تمام العمل والله أعلم، انتهى[2].

[إذا اشترط على المغارس شروط مرهقة تكون المغارسة فاسدة]

وبخط الشيخ أحمد المكني ما نصه: جواب للشيخ محمد بن مقيل نصه: اشتراط ما كان عظيم المؤونة ثقيل الكلفة على عامل المغارسة، وذلك كبنيان جدار عظيم يدور بالأرض حول الغرس، أو حفر بئر بعيدة القرار، وشبه ذلك، قد نصوا على أنه لا يجوز ولا يصح، وإذا تقرر فساد المغارسة لذلك فالذي يظهر من عموم ما نقله الأجهوري عن الذخيرة، في حكم فاسد المغارسة لشيء آخر غير منع الدخول في الأرض، أو يقال في المغارسة هذه، حيث فسدت لما ذكر، بأن على رب الأرض قسمة غرس الغارس يوم وضعه في الأرض، وأجرة مثل العامل في غرسه إياه وقيامه عليه، فتكون الغلة لرب الأرض (ص 536 ت) وما أخذه العامل يرد مكيلته إن علمت، والقيمة إن جهلت[3]، والله أعلم.

[للغارس والمساقي الاستعانة بعامل، يكون حكمه حكمها]

ولكاتبه (أي الشيخ أحمد المكني) [جواب] عن مسألة، نصه: لعامل

---

(1) المقدمات الممهدات، لابن رشد، ص 89/ 3.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 100-101/ 1.

(3) الذخيرة للإمام القرافي، كتاب المغارسة، ص 141/ 6.

المغارسة أن يقيم عاملاً آخر مقامه، كما أن ذلك لعامل المساقاة، فيتنـزل منـزلة الأول، ويستحق بتمام العمل المشترط ما يستحقه الأول، ومطالبة العامل بحفر بئر تعظم فيها المؤونة، إن كان عن شرط في أصل المغارسة فذلك ممنوع وتفسد به، وإن كان (ص 10 خ) من غير شرط سابق، فمعلوم أن ذلك لا يلزمه، انتهى، انتهى.

[الثمار السابقة تكون لصاحب الأرض، وليس للعامل سوى أجرة سقيها وعلاجها]

وللشيخ محمد بن مقيل ما نصه: أما الثمرة السابقة في الأرض، فهي لصاحب الأرض، ولا يكون للعامل فيها حق، ولا يسوغ اشتراط كونها بينهما معاً، وللعامل أجرة سقيها وعلاجها، ولا يجوز أن يشترط على العامل ما يثقل عمله وتكثر كلفته، وإذا فسدت المغارسة وفسخت، فللعامل أجرة عمله على أحد الأقوال المفصلة في محلها، والله أعلم، انتهى.

[المغارسة في الأرض الموقوفة]

وانظر في كتاب الحبس الكلام على المغارسة في الأرض المحبسة ابتداء وبعد الوقوع لعبد القادر الفاسي(1).

[إذا لم يتم المغارس عمله، وأحضر صاحب الأرض من يتمها، فيكون للغارس أجرته عما سبق]

جواب، وأظنه للشيخ محمد بن مقيل: إذا أعطى أرضه مغارسة على النصف، فلم يتم العمل المشترط حتى عجز العامل، أو غاب، فأدخل رب الأرض في الغرس من قام به، وعمل ما بقي، أو تولاه رب الأرض، ثم قدم العامل فقام بذلك، فهو على حقه [وكذا] لو كان حاضراً ولم يسلم في ذلك

---

(1) يراجع كتاب الحبس.

ولم ير أنه تركه، ويعطي للذي عمل وأتم قدر ما يتكلف مما لو عمله هو لزمه مثله[1]، انتهى من البرزلي عن أصبغ، ومن المعلوم أن من مات عن حق فوارثه يتنـزل منـزلته فيه، والله أعلم، انتهى، انتهى.

[كل ما بناه الغارس أو قام به يدخل في القسمة مع رب الأرض ما لم يتبين خلاف ذلك]

جواب لشيخنا سيدي أحمد القيرواني الأصل الطرابلسي الدار[2]، عن سؤال نصه: رجل غارس آخر في أرضه الدامرة، ثم بعد أن غرسها المغارس طلب منه رب الأرض أن يقسمها معه، فقسمها، وأخذ الغارس شطرها، ورب الأرض شطرها وباعه، ثم إن المبتاع باع للآخر، والحال أن المغارس حفر بها بئراً أو بناء، ولم يشترطه عليه رب الأرض ولا سماه في بيعه حين باع، وكذلك البائع الثاني لم يسمه في بيعه أيضاً، أراد الآن المبتاع منه أن يسقي منه، فمنعه المغارس، وطلب منه شطر ما أنفقه عليه، هل له ذلك أم لا؟

فأجاب: الحمد لله: إذا كان الأمر كما ذكر، فلا مدخل له في البئر بمجرد دعواه، والله أعلم، كتبه أحمد بن عمر القيرواني، عفى الله عنهما انتهى من خطه.

[من باشر المغارسة ثم تركها، لرب العمل إعطائه فرصة لاتمامها]

وسئل الفقيه محمد بن مساهل الطرابلسي عما حاصله: من أخد أرضاً مغارسة، وخدم ما فيها، ثم تركها وغاب مدة، ثم رجع إليها (ص 357 ت) (ص11 خ) فمنعهما ربها منها؟[3].

---

(1) المسألة في فتاوى البرزلي، ص 374/ 3.

(2) هو أحد شيوخه الذين عاشوا في طرابلس، وترجم له في كتاب فتح العليم، تقدم ذكره.

(3) هكذا ورد السؤال بصيغة المفرد في النسختين، والحال أن الإجابة تتعلق باثنين أخذا الأرض مغارسة.

فأجاب: إذا عملا فيها فلا يفسخها إلا الحاكم بعد العجز، ولرب الأرض أن يؤجل لهما: إما أن يغرسا وإما أن يذهبا بسلام، والله أعلم، انتهى من خطه.

[حكم المغارسة في الأرض الموقوفة وإذا جرى لها العمل]

وسئل الشيخ أحمد المكني عن مغارسة في حبس، تركنا لفظه لطوله فأجاب بما نصه بعد الصدر، وبعد فقد صدر لكم منا الجواب في هذه النازلة [هذه] المرة وقبلها، بحيث تكرر ذلك مراراً، وحكم الله فيها لا يخفاكم والآن أنت نائب الحاكم الشرعي[1] هناك والذي يظهر لي في مسألة مغارسة سيدي عبد الرحمن التي وقفت عليها بيد حامل السؤال، أن تحكموا فيها بالصحة، إذ هو قول في المذهب بعد الوقوع والنـزول، وقوي هنا فجعل المحبس النظر فيها لمن ذكر، وفي إعطائها مغارسة إلخ، ما هو مذكور بعقد الحبس، وأيضاً الظاهر لفظه أن ذلك مما جرى به العمل في بلدكم، وهذا موجب يقوى به القول والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته[2].

---

(1) السؤال موجه من أحد القضاة، وهو ما جرى بتسميته في ليبيا بالنائب الشرعي.

(2) المغارسة في الأرض المحبسة لا تجوز، لأن ذلك يؤدي إلى بيع حظها، ذلك ما أفتى به ابن الحاج في المعيار، ص 172/ 8، وأيضاً في فتوى الشيخ عبد القادر الفاسي، التي أشار إليها مؤلف الكتاب فيما سبق من مسائل، وسوف ينقلها في كتاب الحبس، وما أفتى به الشيخ أحمد المكني للقاضي المذكور أن يحكم فيها بصحة المغارسة، استند فيها إلى ما جرى به العمل في البلاد التي ورد منها السؤال، وما جرى به العمل يستند إلى قول ضعيف إذا تم القضاء به فيغلب على المشهور أو الراجح، وما يسند فتوى الشيخ المكني، ما جرى في كتاب المعيار عن أحد الشيوخ سئل عن حكم من دفع أرضاً محبسة على وجه المغارسة فغرس الرجل وأدرك الغرس؟ فأجاب: بإنها تمضي ولا ينقضها من جاء بعده من الحكام، لأنه حكم بما فيه اختلاف، المعيار ص 436/ 7، والجواب هنا استند على مبدأ أن حكم الحاكم يرتفع به الخلاف، ولكن الرأي السليم هو أن المغارسة لا تجوز في الأرض الموقوفة، لأن ذلك يتنافى وأحكام الوقف، راجع كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الثاني، ص 91.

كتاب الإجارة

تقدم في [كتاب] الغصب كلام على أخذ أجرة الرحى من الدقيق المغصوب للشيخ عبد القادر الفاسي[1]، وتقدم له في [مسائل صلاة] الجمعة في كيفية أجرة الإمام، وفي المسائل المتعلقة بالأئمة والمساجد حكم ما يأخذه الإمام، وهل يسوغ له التخلف برضى الجماعة[2]، ويأتي للشيخ محمد بن ناصر الدرعي كلام في ذلك.

[إجارة الحيوانات بمقدار ما ينتج عنها إجارة فاسدة]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي عن دفع البقر لمن يقوم بحفظها، على أن له جزءاً كالنصف مثلاً مما يخرج منها من السمن مثلاً، هل يفسخ ذلك متى عثر عليه، ويكون الخارج لربها وعليه الأجر، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة؟

فأجاب: وأما دفع البقر لمن يحفظها بجزء ما يخرج منها من سمن أو غيره، فهي إجارة فاسدة للجهالة في ذلك، وتفسخ متى عثر عليها[3].

(1) يراجع كتاب الغصب.
(2) يراجع مسائل المساجد والأئمة.
(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص190/ 1.

[تعطيل دراسة الصبيان مقابل أجر يعطى للمعلم يعتبر تقصيراً في الحق]

وله رحمه الله: وأما ما يأخذه المعلم من الصبي لأجل البطالة[1]، ففي نوازل البرزلي عن سحنون: من عمل الناس بطالة الصبيان في الخاتمة اليوم وبعضه، ولا يجوز أكثر من ذلك إلا بإذن أولياء الصبيان، قيل له: ربما أهدى الصبي (ص 12 خ) للمعلم ليزيده في البطالة، قال: هذا لا يجوز، أي لأنه تقصير في الحق الواجب عليه، فهو رشوة، إذ هو إعطاء على إبطال حق، قال القابسي: ومن هنا سقطت أكثر شهادة المعلمين، لأنهم غير مؤدين ما يجب عليهم، إلا من عصمه الله[2]، انتهى[3].

[مسؤولية حارس الزرع المسمى بالطمار إذا فرط أو تعدى]

وسئل بما نصه: خازن الزرع الذي يسمى بالطمار، رأيت فتوى للإمام القوري أنه لا ضمان عليه، إلا أن يتعدى أو يفرط، بين لنا سيدي كيف يتصور تعديه وتفريطه؟

فأجاب: إن ما ذكره الإمام القوري في الطمار هو نص مالك، لأنه من جملة الحراس والرعاة، ففي المدونة، قال مالك: ولا ضمان على الرعاة (ص 538 ت) إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوا من مال[4]، وقال ابن المواز: لا يضمن جميع الحراس إلا أن يتعدى، ومن التعدي أن يخالف ما شرط عليه، أو يأخذ شيئاً لنفسه أو لغيره، ومن التفريط التغافل عن ذلك وكثرة النوم في غير وقت النوم، والغيبة عن المحل في غير العادة، وعدم التثبت في

(1) البطالة يقصد بها تسريح الطلبة عشية الخميس ويوم الجمعة وفي الأعياد والمناسبات، وعند ختم الصبي لبعض أجزاء القرآن، فيعطى عطلة بهذه المناسبة، راجع كتاب الإجارة على تعليم القرآن من كتاب النوازل لأبي القاسم البرزلي، ص 77.

(2) فتاوى البرزلي، ص 578/ 3.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص28/ 1.

(4) المدونة الكبرى، كتاب الجعل والإجارة، ص 449/ 3.

معرفة أرباب الزرع، فيحمله غيرهم، وأنواع التعدي والتفريط كثيرة غير محصورة[1].

[مسؤولية الراعي عن ضياع الأنعام، هل هي مفترضة أو لا ضمان عليه؟]

وسئل بما نصه: الراعي هل يحمل على التفريط أم لا؟ وهل جرى العمل بضمانه عندكم كما بلغنا، أو يفرق بين المشترك وغيره؟ وما هو المشترك؟ وما يلزم الصبي الراعي إن فرط؟ فأجاب: إنه محمول على عدم التفريط حتى يتبين التفريط، لأن الأصل في الأجراء، الراعي وغيره إنهم مؤتمنون ولا ضمان عليهم، إلا أن يقع منهم تعد أو تفريط، إلا حمال الطعام والصناع، أما قولكم هل جرى العمل بضمانه، فذلك شيء ذكره القاضي المكناسي، ونصه: وما زعم أنه ضاع ولم تقم له بالضياع بينة، فالذي عليه العمل الآن في الراعي الضمان[2]، وأما التفرقة بين المشترك وغيره، فإنما نقل ذلك عن ابن المسيب ففي ابن سلمون: ولا ضمان على الراعي (ص 13 خ) فيما تلف من الغنم وغيرها، إذا لم يتعد ولا فرط، وأقصى ما عليه فيما ضل وهلك، اليمين أنه ما فرط وما تعدى، وإن شرط عليه الضمان، فلا يلزمه، وردت إلى أجرة المثل فيما رعى، والحكم في ذلك واحد، كانت الغنم لواحد أو لجماعة.

[الراعي ضامن لما تلف من الأنعام وعليه الضمان]

وروى عن سعيد بن المسيب في الراعي الذي يلقي الناس إليه أغنامهم أنه ضامن لما تلف منها، ورءاه كالصانع، وليس على ذلك العمل، انتهى والذي تقدم للقاضي المكناسي الضمان مطلقاً، إلا أن تقوم له بينة، وعليه ما ذكرت من جري العمل والله أعلم، وأما ما يلزم الصبي الراعي إن فرط، فإن الصبي لا ضمان عليه، وفي المختصر: وإن أودع صبياً أو سفيهاً أو أقرضه أو باعه لم

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 97-98/ 1.
(2) مجالس القضاة والحكام للمكناسي، ص 545/ 2.

يضمن، وإن بإذن أهله[1]، وفيه: وضمن ما أفسده إن لم يؤمن عليه اللخمي: ولا تباعة على الصبي، ولا على السفيه إلا أن يثبت أنهما أنفقا ذلك فيما لا غنى لهما عنه، فيتبعان في المال الذي صوناه[2]، فإن ذهب ذلك المال وأفاد غيره لم يتبعا فيه، انتهى[3].

[أحكام معلمي القرآن الكريم للصغار والكبار وما يجب عليهم]

وسئل من معنى ما تقدم، في معلم الصبيان بما نصه: هل يلزم الدوران أن يجوز على ألواح الصبيان، فيتأمل ما فيه من خطأ أو صواب، أم لا؟ فإن قلتم يلزمه ذلك، وهو الظاهر، فهل يجب عليه إصلاح ما فيها من الخلل في الرسم الاصطلاحي المنقول عن خط الصحابة، كحذف الإلفات وإثباتها والواوات والياءات، كذلك، وتصوير الهمزات وعكسه، وإطلاق التاءات وتقييدها ووصل بعض الكلمات تتخذ على أنها (ص 539 ت) أمام، كأمهات المصاحف وإنها هي لتسهيل حفظ المقروء وتفسيره، أو يفرق بين الصبيان، فالناشئة منهم يجوز له أن يترك ذلك غير مصلح، والحافظون منهم الذين يحتاجون إلى تعليم القرآن، تلاوة ورسماً، لا يجوز له أن يتركه لهم على ما رسموه، بل يجب عليه أن يصلحه لهم، على الكيفية المنقولة في ذلك عند أرباب الفن، فإذا قلنا بهذا التفريق، وسومح في ألواح الناشئة منهم، فهل يسامح له بترك إصلاح ما كتب من الصادات سيناً أو بالعكس (ص 14 خ) ومن الظاءات ضاء أو بالعكس، وما يجري على هذا المجرى، أو لا يجوز له ذلك، وهو الظاهر.

فإن قلتم به، فما حكم الله في الأجرة التي يأخذها من أرباب الصبيان في رأس الشهر، ونحو أشهر الأعياد، وحذقات القرآن[4]؟ وما حكمه في نفسه من

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 224.

(2) هكذا في النسختين وفي الطبعة الحجرية.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 38-39/ 2.

(4) الحذقة: ختم القرآن الكريم، والحذقة حفظاً، حفظ القرآن الكريم ونظر قراءته في المصحف، فتاوى البرزلي، ص 569/ 2.

جرحة وعدالة، فأني رأيت طلبة يحترفون بهذه الحرفة، ولا يتقنون هذا الأمر ولا يبالون به، وما أظن ذلك سائغاً لهم ولا جائزاً، فلذلك طلبت منكم حفظكم الله، لنعلم حكم الله في خاصتي، أو لنعلمه لمن يطلبه ويسأل عنه ممن يستبرئ لدينه وعرضه.

فأجاب: إن نظر المعلم في ألواح الصبيان، وإصلاح ما فيها من الخطأ لازم له، أما الكبار منهم فلا إشكال، وأما الصغار فليراضوا على ذلك، وتجرى السنتهم وكتابتهم على الصواب لأنه إذا كبر ورربي على الخطأ، عسر زواله وصعب تقويمه، وفي نوازل الإمام الحافظ أبي القاسم البرزلي، إنه سئل أبو محمد عن المعلم، هل يلزمه أن ينظر في ألواح الصبيان، هل فيها خطأ في الأحرف أم لا؟ وكيف لو شرط ألا ينظر في ذلك[1]؟.

[واجبات معلمي القرآن في المساجد]

فأجاب: يجب عليه أن ينظر في ألواحهم، وإصلاح ما فيها من خطأ وشرطه عدم النظر خطأ لا يجوز، ابن سحنون، ينبغي أن يعلمهم آداب القرآن ويلزمه ذلك، والشكل والهجاء والخط الحسن، وحسن القراءة بالترتيل وأحكام الوضوء والصلاة وفرائضها وسننها، وصلاة الجنازة ودعاءها، وصلاة الاستسقاء والخسوف، قال شيخنا يعني ابن عرفة، فحمل قوله عندي: إعراب القرآن، هو تعليمه معرباً لا لحن فيه، والإعراب النحوي متعذر، وحسن القراءة إن أراد به التجويد، فذلك غير لازم في عرفنا، إلا على من شهر في تعليمه وأما أحكام الوضوء، وما بعده، فواضح عدم لزومه، وكثير من المعلمين لا يقومون بذلك[2].

[حكم الأجرة على تعليم القرآن الكريم وما يعطى عند الختمة]

وأما حكم الأجرة والحذقة (ص 15 خ) فلا يعزب عنك نص المختصر

(1) فتاوى البرزلي، ص 591/ 3.

(2) فتاوى البرزلي، ص 591/ 3.

وغيره بالجواز، وفي أجوبة ابن رشد، مذهب مالك وجل العلماء جواز الإجارة على تعليم القرآن، ومن لم يجزها، اشترط ذلك أو لم يشترطه، أو لم يجزه له مع الشرط، فمحجوج بمذهب الجمهور، ولهم من الأثر (ص 540 ت) حديث الرقيا[1]، وعموم قوله [صلى الله عليه وسلم]: « إن أحق ما أتخذتم عليه أجراً كتاب الله[2]، وما هو مثله[3].

ومن جهة القياس، هذا عمل لا يجب عليه، فجائز أخذ الأجرة عليه ولو كان قربة، أصله بناء المساجد وشبهه، البرزلي، وفي موطأ ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر[4]، قال: كل من سألت بالمدينة، لا يرى بتعليم القرآن بالأجرة بأسا[5].

[ما يعطى لمعلمي القرآن من هدايا في الأعياد]

وأما ما يأخذه في عواشر الأعياد، ففي نوازل البرزلي: لا بأس بالأخذ في عاشوراء وأعياد المسلمين، وأما أعياد العجم فلا يجوز أخذه، وعليه رده إلى أصحابه، فإن لم يعرفهم تصدق به، وفي المدونة عن مالك: لا بأس أن يشترط مع أجره شيئاً معلوماً كل فطر أو أضحى، القابسي: قيل لسحنون: عطية العيد أيقضي بها، قال: لا، ولا نعرف ما هي، وعن ابن حبيب: لا يجب للمعلم الحكم بالذي يأخذونه من الصبيان في الأعياد، وذلك تطوع من شاء فعل، وهو حسن، ولك الترك، وهو تكرم من آباء الصبيان، ولم يزل مستحسناً فعله في أعياد المسلمين.

القابسي: هذا من قولهما إذا لم يكن في عامة الناس فاشياً، فإذا أفشى في

(1) حديث الرقيا وأخذ الأجر عليه رواه الإمام ابن ماجة في السنن عن ابن سعيد الخذري، حديث رقم 2156، ص 729/ 2.

(2) الحديث رواه الإمام البخاري عن ابن عباس، ص 53/ 3.

(3) مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 182/ 1.

(4) لم أعثر له على ترجمة.

(5) فتاوى البرزلي، ص 566/ 3.

العامة، وصاروا يرونه واجباً، فهو كذلك، وعليه جلس المعلمون، وذلك واجب كالهبة للثواب، ابن حبيب، ويكره أن يفعل من ذلك شيء في أعياد النصارى، كالنيروز والمهرجان، ولا يحل لمن فعله، ولا من يقبله من المسلمين، بل هو تعظيم للشرك، وأيام أهل الكفر، وحكي بسنده عن الحسن البصري: أنه كره أن يعطي المعلم في النيروز والمهرجان، قال: والمسلمون يعرفون حق معلميهم إذا جاء العيدان، ودخل رمضان، أو قدم غائب من سفره أعطوه، القابسي: مثل رمضان والقدوم وعاشوراء (ص 16 خ) هو في الخاصة فلا يجب، انتهى[1]، وها هنا فروع تتعلق بالحذق وغيرها، ولا يسع سردها في هذا المسطور، وإنما ذكرنا ما يتعلق بالسؤال عن حكم ذلك.

[حكم أخذ الأجرة للمؤدبين والمعلمين إذا قاموا بالواجب]

وأما حكم المعلمين في أنفسهم إذا قاموا بالحق الواجب عليهم في ذلك فلا بأس بما يأخذونه من ذلك، ولا يقدح ذلك في عدالتهم، وحكي البرزلي عن ابن عات، قال: شهد رجل عند سوار القاضي[2]، فقال: ما صناعتك؟ قال: أنا مؤدب، فقال: أنا لا أجيز شهادتك، فقال: ولم؟ قال: لأنك تأخذ على القرآن أجراَ، قال له: وأنت تأخذ على القضاء أجرا، فقال: إني أكرهت على القضاء، فقال له: أكرهت على القضاء، فهل أكرهت على أخذ الدراهم؟ فقال: هلم شهادتك فأجازها[3].

[حكم أخذ الأجرة لمن لم يقم بواجبه من المؤدبين والمعلمين]

فإن لم يقوموا بالحق، وفرطوا في الأداب الواجبة عليهم، وهي كثيرة جداً، فلا يحل لهم ما أخذوه، وذلك قدح في عدالتهم، ووصمة في ديانتهم

(1) فتاوى البرزلي، ص 572-573/ 2.

(2) هو سوار بن عبد الله بن قدامة من أشهر القضاة، تولى القضاء سنة 188 هـ، له أخبار كثيرة في أخبار القضاة لوكيح، ص 57-88/ 1.

(3) فتاوى البرزلي، ص 567/ 3.

ومن أصول الحلال، إجارة بنصح البرزلي، عن القابسي، [قال] ومن هنا سقطت شهادة أكثر المعلمين لأنهم غير مؤدين ما يجب عليهم إلا من عصمه الله[1].

[شروط أخرى يجب مراعاتها من قبل المؤدبين والمعلمين]

وقال الشيخ زروق: ولا يفصل بعضهم على بعض (ص 541 ت) في التعليم والمجلس، فإن لم يسو بينهم كانت جرحة في شهادته، ولا يجوز للمعلم أن يقبل هديتهم، فإن فعل ذلك كان ذلك جرحة في شهادته، وإمامته لأن الصبي لا يجوز قبول هديته إلا أن يفضل لهم فضلة، يخاف عليها الضياع فيجوز أن يأكلها، أو يتصدق [بها] انتهى.

[حكم إجارة مجلدي الكتب والنساخ والخياط ومن في حكمهم]

وله رحمه الله ما نصه: أما استيجار المسفر[2]، على أن الجلد والخرم وما يحتاج إليه من عنده، وكذلك الخياط على الخيط من عنده، ومثله النساخ والمداد من عنده، فالمسألة تحتمل صوراً أربعاً، كما عند ابن رشد وغيره جاءت من تعيين العامل والمعمول وعدمه وتخلفهما، ومن هذه الصور: تعيين العامل وعدم تعيين المعمول منه، قال المواق: في هذه الصورة اضطراب انتهى، وأقول: المنع هو قول أشهب في المدونة، وقال ابن القاسم فيها أيضاً في كتاب السلم في (ص 17 خ) مسألة الثور، في كتاب العارية، والجواز هو قول ابن القاسم فيها، في كتاب الجعل والإجارة، ونص التهذيب: ولا بأس أن تؤاجر على بناء دارك هذه، والجص والأجر من عنده، ولما تعارف الناس ما يدخلها وأمد فراغها، كان عرفهم كذكر الصفة والأجل، لأن وجه ذلك

(1) فتاوى البرزلي، ص 578/ 3.

(2) المسفر: هو مجلد الكتب.

معروف، قال غيره: إذا كان على وجه القبالة، ولم يشترط يده، فلا بأس إذا قدم نقده، انتهى[1].

[إذا عين الصانع ولم يعين المصنوع]

قال أبو الحسن[2]، حين ذكر الأقسام عن ابن رشد: الرابع منها، أن يعين الصانع ولا يعين المصنوع منه، قال فيه: لا يجوز على حال، ثم قال: وهذه هي المسألة بعينها، وقد أجازها ابن القاسم، ثم قال: والغير هنا أشهب والقبالة الضمان، وفي تكميل التقييد على قول المدونة: ولا بأس أن تؤاجره على بناء دارك. .إلخ، الوانوغي قلت لشيخنا ابن عرفة: من هنا تؤخذ مسألة تسفير الكتب المتداولة بين الطلبة شرقاً وغرباً وكأنها بعينها، فصوبه، انتهى.

[اجتماع البيع والإجارة]

ومن المدونة: لا بأس باجتماع بيع وإجارة، وقال سحنون كذلك إلا في البيع، ابن رشد قول مالك وابن القاسم، إن البيع والإجارة جائزة في المبيع وغيره، إلا أنه يشترط إذا كانت الأجرة في المبيع أن يكون مما يعرف وجه خروجه كالثوب، على أن للبائع خياطته، وفيما لا يعرف وجه خروجه إذا أمكنت إعادته، كالصفر على أن يعمله البائع قدحاً، انتهى. [انظر قول خليل: وعمل به في الخيط، وفي الإحياء: وكذا يتسامح بحبر الوراق، وخيط الخياط لا يقصدان على حالهما][3].

[التعاقد على البناء وجلب مواده]

ولما نقل ابن عرفة كلام ابن رشد، وحكم على هذه الصورة، وهي تعيين

---

(1) التهذيب في اختصار المدونة للبراذعي، ص 348-349/ 3.

(2) المراد به ابن القصار البغدادي، مباحث في المذهب المالكي في المغرب، ص 267، وقد تقدمت ترجمته.

(3) ما بين القوسين سقط في (ت) و (خ)، وأكمل النقص من أجوبة الفاسي، ص 201/ 2.

العامل وعدم تعيين المعمول منه، قال: في قول ابن رشد نظر لقول مالك في المدونة: من أستأجر من يبني له داراً على أن الجص والأجر من عند الأجير جاز، ثم قال: فظاهر هذا خلاف نقل ابن رشد، إن العقد على تعيين العامل وعدم تعيين المعمول منه، إنه غير جائز، ووفاق قول ابن بشير، انتهى.

لكن كلام ابن بشير ينظر إلى قولها (ص 542 ت) في السلم فيمن استصنع طستا أو تنوراً، أو قلنسوة، إن شرط عمل رجل بعينه لم يجز، وابن عرفة اقتصر على نصها الآخر الذي في الإجارة، ونص ابن بشير المشار إليه، هو إن كان الصانع معيناً والمصنوع منه غير معين، وهو لا يستديم عمله (ص 18 خ) فقد أعطوه حكم السلم في الأجل، وتقديم رأس المال، وأجازه للضرورة انتهى.

[الاتفاق مع أرباب الحرف على القيام بالأعمال]

وفي المتيطي أول المغارسة، إن كانت الغروس من عند الغارس، فيدخل في ذلك ما دخل مسألة البناء على أن الأجر والجص من عنده، انتهى، وقال المواق: انظر إذا أعطى ثوبه لمن يرقعه، وخفه لمن ينعله، والرقاع والنعل من عند الخياط والخراز، فقال القباب: إن كان الصانع لا يعدم الرقاع أو الجلود فيجوز، كما أجاز مالك السلم في اللحم لمن شأنه بيعه، وإن لم يضربا أجل السلم.

[وانظر أيضاً ما يجري على ألسنة الذاكرين منعه، والناس لا ينفكون عنه أن يدفع ذهباً صقلياً لحرار، ليرميه له على طرفي فرخت (هكذا) والحرير من عند الحرار، وكذلك التفافيح من ذهب أو فضة ينظمها له في شرابة حرير والحرير من عند الصناع، وانظر منع هذا مع ما يقتضيه ما ذكروه في كتاب التفليس حيث فرطوا في الصباغ بجعل الصبغ من عنده، والصقلي حيث يجعل حوائج السيوف من عنده][1].

(1) ما بين القوسين لم يرد في (ت) و (خ) ونقل من أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 202/ 2.

وانظر أيضاً ما يقتضيه قول مالك أنه لا يصلح أن يعطيه فصاً، يقول له أجعل عليه خاتماً بفضة من عنده، حتى أعطيها مع أجرته، قال: وأخاف أن يكون فضة بفضة وزيادة، فانظر هذا إنما منعه الإمام من قبل الربا، انتهى يعني: لا لوجه آخر كتعيين العامل بحيث سلم من الربا، جاز، كمسألة الصباغ والحرار، ومسألة بناء الدار والله أعلم.

[السلم لأصحاب الحرف وكيفية المعاملة في المرض والفلس والموت]

البرزلي: يجوز السلم الحال لأرباب الحرف، ويؤخذ من التجارة لأرض الحرب، وسواء قدم النقد فيه أو أخره، ويجوز بشرطين: أن يشرع في الأخذ وأن يكون أصل ذلك عند المسلم إليه، ويفسخ السلم بموته أو مرضه أو فلسه ويأخذ بقية رأسماله في الموت والمرض [ويحاصص بذلك في الفلس، هذا هو المشهور، وروي عن مالك عدم الجواز، انظره في سماع سحنون من السلم(1)، انتهى](2).

[في الأعمال التي تحتاج إلى صفها بمواد من عند الصناع]

هذا هو الشراء من دائم العمل، وهو لا يشترط فيه نقد رأس المال ولا الأجل كما ذكر، إلا أن مراده بقوله: أن يكون أصل ذلك عند المسلم إليه لا يعدم ذلك، كما هي عبارة القباب، ولما تكلم الخطابي على حديث الخياط الذي دعى النبي صلى الله عليه وسلم إلى طعام، فقرب إليه خبزاً ومرقاً فيه دبّاء(3)، قال في هذا الحديث من الفقه جواز الإجارة، رداً على من أبطلها بعلة أنها ليست بأعيان مرئية ولا صفات معلومة، وفي صنعة الخياط معنى ليس في

(1) البيان والتحصيل، كتاب السلم والإجال الثاني، ص 207/ 7.

(2) ما بين القوسين سقط من (ت) و (خ).

(3) رواه الإمام مالك في الموطأ عن أنس، وأورده ابن عبد البر في الاستذكار، ص 536/ 5، والدباء هو القرع.

سائر ما ذكره أبو عبد الله من ذكر العين[1]، والصائغ والنجار، لأن هؤلاء الصناع إنما يكون منهم الصنعة المحضة فيما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والذهب والفضة (ص 19 خ) وهي أمور من الصنعة يوقف على حدها، ولا يختلط بها غيرها، والخياط إنما يخيط الثوب في الأغلب بخيوط من عنده فيجمع إلى الصنعة الآلة، وأحداهما معناها التجارة، والأخرى معناها الإجارة وحصة أحدهما لا تتميز عن الأخرى.

وكذلك هذا في الخراز والصناع إذا كان يخرز هذا بخيوطه، ويصبغ هذا بصبغه على العادة المعتادة فيما بين الصناع، وجميع ذلك فاسد في القياس لأن النبي - صلى الله عليه وسلم- وجدهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها، إذ لو طولبوا بغيره لشق عليهم، فصار بمعزل عن موضع القياس والعمل به ما في صحيح، لما فيه من الإرفاق، انتهى.

[مسفر الكتب يضيف إلى صنعته الجلد والتذهيب]

يبقى النظر في المسفر يضيف إلى صنعته (ص 543 ت) تذهيب الجلد بورقه أو غيرها، وهو إذا كان يسيراً خفيفاً مما يدخل فيما ذكر من الجلد وغيره ليسارته، فيقل فيه الغرر، لا يقال يجيء في هذا خصوصاً إجارة وصرف مستأخر، وغير ذلك من ربا النقود، لأنا نقول: هذا من باب المحلى وإعلام الثوب وطرزه، وذلك لا يعتبر الآن إلا إذا كان يخرج منه عين إذا سبك، حسبما اشترطه صاحب المختصر، وإن كان في المسألة خلاف.

قال الحطاب: لما كان المحلّى على قسمين منه ما تكون حليته قائمة ظاهرة كالسيف والمصحف إذا صفحا بالحلية، ومنه ما تكون حليته منسوجة فيه، كالثياب المنسوجة بذلك، أو المطروزة به، نبه على أن المحلى الشامل

---

(1) في (ت) و (خ): الغير، وما أثبت من أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، والمقصود بأبي عبد الله هو ابن الحاج، مواهب الجليل للحطاب، ص 397/ 5، وانظر قوله في المدخل، ص 9/ 4.

للقسمين، يشترط أن يكون هذا الثاني يخرج منه إن سبك بشيء ما، ما لو لم يخرج منه شيء، فلا عبرة بالحلية، انتهى[1]. وقال ابن بشير: ويلحق بالمحلى الثياب المعلمة إذا كانت أعلامها لو حرفت لم يخرج منها شيء، فقد تردد اللخمي، هل يعتبر ما فيها من الذهب، أو لا يعتبر، لأنه كالمستهلك انتهى.

[الغرر اليسير لا يعتبر في العقود]

ومثله في التوضيح، ونصه: على قول ابن الحاجب، وإن لم يخرج فقولان، الثوب الذي ينسج فيه الذهب، أو طرز بذهب أو فضة إن كان يخرج منه لو سبك، فأجره على ما تقدم في المحلى، وإن لم يخرج كالورقة، فللأشياخ فيه قولان، بناء على استهلاكه أو قيام صورته (ص 20 خ) وأما مداد الكاتب ففيه زيادة على ما ذكر من أسباب الجواز، لأنه قد لا يعتبر لخفته وعدم المبالات به أن قيمته ضعيفة جداً، فهو من الغرر اليسير الذي لا يعتبر في العقود، فإن البياعات والإجارات كلها لا تخلو من غرر يسير، وهو مغتفر لعدم قصده، ويدل على عدم اعتباره أنه لو جاء المستنسخ بمداد عن عنده، لما نقص من أجرة النسخ، وعكس هذا هو البيع اليسير مع الإجارة، والكراء اليسير مع البيع.

[مسألة الرد في الدراهم في البيع أو الإجارة أو الكراء]

ولما تكلم الحطاب على الرد في الدراهم، وإن من شروطه أن يكون في بيع أو إجارة أو كراء، قال: إنما يجوز الرد في الإجارة والكراء بعد استيفاء جميع المنافع، ثم قال: وعلى هذا وقع الخلاف بين التونسيين فيمن اشترى لبناً أو جبناً في إناء من عند البائع يحمل فيه بنصف درهم، على أن البائع يرد عليه نصفاً، فمنهم من أفتى بالمنع نظراً إلى أنه بيع وإجارة لم يستوف فيها المنافع[2]، ومنهم من أفتى بجواز ليسارة منفعة الحمل في الأنية، نقل القولين ابن عرفة في الكلام على البيع والصرف، وفي كلامه ميل إلى الجواز، ونقل

---

(1) مواهب الجليل، كتاب الإجارة، ص 395/ 5.

(2) في الطبعة الحجرية لأجوبة الفاسي، لم يستوف فيهن المبيع، وما أثبته في ت، خ.

ذلك ابن ناجي في شرحه على المدونة، ثم قال: وبالمنع كان يفتي شيخنا الشبيبي إلا أن يظهر أنه لا حصة للإناء من الثمن، لوصلة تكون بينه وبينه بحيث أنه لو اشترى من عند غيره، أو طلبه فيه، فإنه يعيره، انتهى.

[ما جرى عليه عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم من معاملات]

قال الحطاب: قلت لو ليسارة ثمنه بحيث أنه لو جاء المشتري بإناء من (ص 544 ت) عنده لم ينقص له من الثمن، انتهى، انظر قوله ليسارة منفعة الحمل، وقوله أنه لا حصة للإناء من الثمن، وقوله ليسارة ثمنه، فذلك محل الحاجة من إلغاء مثل ذلك في العقود، وما عند الإمام الولي الصالح أبي عبد الله بن الحاج في مدخله في مسألة المسفر، إنما هو مبني على الاحتياط والخروج من الخلاف، على طريقة الورع، كما هو حاله، وقصده في ذلك الكتاب، ولذلك عبر بقوله: ينبغي أن يحتسب ما يفعله الناس. .إلخ.

وقد قال شيخ الشيوخ ابن لب (ص 21 خ): ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن، على خلاف أو وفاق، إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين، أو بمشهور من قول قائل، والله أعلم، وقال أيضاً: عمل الناس في بعض الأقطار بغير المذهب للضرورة سائغ جائز، انتهى[1]، والله أعلم بالصواب، ويهدي من يشاء إلى صراط مستقيم، وصلى الله على سيدنا محمد المصطفى الكريم وعلى آله وأصحابه أفضل الصلاة وأزكى التسليم، وكتبه عبد الله سبحانه، عبد القادربن علي بن يوسف الفاسي وفقه الله، انتهى[2].

[حكم أجرة استخراج شاة سقطت في بئر]

وسئل الشيخ محمد بن ناصر الدرعي عمن طاحت[3] له شاة في بئر

(1) المعيار المعرب، ص 471/ 6.

(2) المسألة بكاملها في أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 200-204/ 2.

(3) الطَّيْحُ: خشبة الفدان التي في أصله، وطَيَّح بثوبه رمي به في مضيعة، والشيء ضيعه، وأطاح=

فاستأجر من يخرجها بنصفها، فلما استخرجها، قال: ليس لك إلا أجرة المثل؟

فأجاب: له نصفها.

[التعاقد مع الحداد والفخار والخراز]

وسئل عن تعاقد الحداد والفخار والخراز مع الناس، بكذا أصواع من الشعير في كل سنة على أن يعمل لكل واحد كذا من المواعين، بشرط أن لا يعودوا إليه في عمل شيء من ذلك حتى تبلى تلك المواعين، طالت الأعوام أو قصرت، مع أنه يأخذ من الناس كل سنة ما عليه التعاقد من الأصواع، وفي الناس من لا يأتيه إلا بعد خمسة أعوام، أيجوز ذلك أم لا؟.

فأجاب: لا يجوز للجهل، وإنما الجائز أن تعاقده بأجر معلوم على عمل معلوم، ذلك واضح[1].

[التعاقد على صناعة الحديد وشروطها الشرعية]

وله[2]: يجوز الاستيجار على تذويب الحديد بنصفه، أو أقل أو أكثر على أن النفقة على أحدهما أو كليهما، وهي معلومة بشرط السلامة من الجهل والغرر، وذلك بأن يجعل له الجزء المأخوذ قبل تذويبه، فيقول مثلاً: إذا كان عنده عشرة قناطير من حجارة الحديد: خذ قنطاراً منها الآن، وهي أحجار أو أقل أو أكثر من القنطار، على إذابة الباقي، وإن كانت النفقة على رب الحديد أو بعضها، فلا بد أن تكون معلومة بحصر عدد الصناع المنفق عليهم، وحصر عدد أيام النفقة بالتعيين، أو بالعادة، وأما أن يواجره بقوله: أعمل فما ذوبت فلك نصفه، أو جزء من أجزائه، فلا يجوز، وبيع معدن الحديد بالحديد الذائب

= ماله أهلكه، وطاح هنا في اللهجة الدارجة الليبية بمعنى سقط، وهو المقصود هنا، وفي الأجوبة الناصرية سقطت، ص 78، ترتيب القاموس المحيط، ص110/ 3.

(1) اختصر المؤلف المسألة، ورأيت من الأنسب إيرادها كاملة للفائدة، الأجوبة الناصرية، ص 78.

(2) لم ينقل المؤلف السؤال واكتفى بالإجابة.

جائز، وتبديل الحديد المخدوم بغير مخدوم، يجوز ويتفاضلا[1].

[مسألة في صناعة الفخار والاشتراك فيها بالحطب والطين]

وسئل عن الفخار يستأجره بكذا في كل يوم، أو كذا للماعون، على أن يأتوا بترابهم وحطبهم، ولا يعمل الفخّار إلا يده، أيجوز أم لا؟ وكيف إن صنعة الفخّار من ترابه، ويجعل له الحطب (ص 22 خ) مع نصف القيمة، كأن باع الإناء بصاعين مثلاً، دفع له صاعاً ويشتركان مناصفة، أيجوز أم لا؟

فأجاب: الحكم في المسألة الأولى بالجواز، والثانية بالمنع مطلقاً، وأما صنع الآنية في الطين، من غير طول مكث في الماء، فيجوز إن لم يكن فيه غش، وذلك بأن يسرع الفساد إليها إذا لم تختمر، ومضت العادة بالتخمير فيها، فإذا لا يحل بيعها إلا مع بيان عدم اختمارها، وبيع الآنية من غير طبخ (ص 545 ت) الحكم فيها الجواز، والله أعلم[2].

(1) الأجوبة الناصرية، ص 78-79.

(2) الأجوبة الناصرية، ص 79.

مسائل في أجرة الإمام
ومعلم الصبيان وطرق التعليم والتربية

[إمام يفرض أجرته على مصادر عديدة لا تجوز الصلاة خلفه]

وسئل عما حاصله: أناس عادتهم يكتب أجرة الإمام على مياه العيون ويتبع ذلك من انتقل إليه بشراء أو هبة، وبعضهم يكتب ذلك على رقابهم، كل واحد عليه كذا كذا صاعاً، ومن انقرض منهم يدفع ذلك ورثته، وبعضهم على الكوانين، وبعضهم على الأوسق والغرائر، وبعضهم بقسمة شيء على المياه وشيء على الرجال والصبيان، فيشمل متاع الأنثى واليتيم والحاضر والغائب فهل يجوز أم لا؟ وهل تبطل صلاة من صلى خلفه؟[1]

فأجاب: إن ذلك لا يحل، والله أعلم، والمشهور الإعادة على من صلى خلفه، والوجه الجائز أن يقسم شرط الإمام المكلفين، وشرط الذراري على الصبيان الذين يعلمهم، والله أعلم[2].

[من كانت أسرته تقيم في قرية فليزمه شرط الإمام حتى ولو غاب]

وسئل عمن ترك زوجته في قرية، وشرط مع إمام قرية أخرى، هل يلزمه شرط إمام قريته؟.

---

(1) اختصر المؤلف السؤال، وهو في الأجوبة الناصرية أن ذلك حدث في قطر سوس من قرون سلفت إلى هذا القرن، أي الذي عاش فيه ابن ناصر رحمه الله.

(2) الأجوبة الناصرية، ص 82.

فأجاب: يلزمه ما لم يرفض سكنى بلده وإن طالت غيبته، لأن إقامة زوجته ببلده كإقامته هو، فيعطي ما ينوبه من ذلك[1].

[يدخل العبيد في شرط الإمام]

وسئل عن العبيد المملوكين المكلفين المسلمين، هل يدخلون في شرط الإمام؟

فأجاب: نعم يدخلون وإن لم يصلوا، ويؤديه عنهم ساداتهم[2].

[أجرة الإمام لا تجب على المرأة وبناتها إذا لم يكن لها أولاد يدرسون]

وسئل عن إمرأة سكنت في قرية بأموالها وبناتها، هل يلزمها شرط الإمام ونفقته؟

فأجاب: هذا منكر بينّ، إلا إن كان أولادهما يقرأون، وعندهم من أين يؤخذ[3].

[إجرة الإمام معلم الصبيان تكون على التسوية أو على التراضي]

وسئل عن إجارة معلم الصبيان المنتصب للإمامة، هل تقسم على المكلفين والصبيان على السواء بينهم، أو يعطي بعضهم أكثر من بعض؟

فأجاب: تقسم على ما تراضى عليه المؤجرون (ص 23 خ) وكل ما يقسمه أهل البادية وأهل القرى على مياه العيون، وغيرها من عوائدهم، لا يجوز إلا بطيب نفوسهم إن سلم من الغرر بالجهل، لأن العرف يوزن بالسنة فإن وافق السنة عمل به، وإلا فلا[4].

[ماذا يفعل الإمام الذي يفرض له أجره على ماء العيون]

وسئل بما حاصله: إن أسقطت عادة جعل أجرة الإمام على مياه العيون

(1) يبدو من المسألة أن أجرة الإمام تكون على جميع السكان، وعلى ذلك كانت الإجابة بإلزامه دفع نصيبه مع أنه تشارط مع إمام قرية أخرى كما جاء في أصل المسألة، الإجوبة الناصرية، ص 82.

(2) ذلك يؤكد ما سبق من فرض أجرة الإمام على السكان، الأجوبة الناصرية، ص 82.

(3) الأجوبة الناصرية، ص 82-83.

(4) الأجوبة الناصرية، ص 83.

آل أمر المساجد إلى عدم العمارة، وما يفعل من إلجأته الحاجة إليهم[1]؟.

فأجاب: يجب على الإنسان تطييب مكسبه، ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا﴾[2]، وأرض الله واسعة.

[إذا كان ضمن الذين شارطوا الإمام سراق أو مالهم حرام]

وسئل عن ما حاصله: الإمام إذا شارطه جماعة مختلطون، فيهم السراق ومن لا يخاف الله في البيع والشراء، وكيف إن علم مالاً مغصوباً في يد أحدهم، هل يسوغ له الأكل من متاعه وأخذ الشرط منه؟

فأجاب: لا حرج عليه إن لم يعلم، ويجب عليكم تنبيهه على اجتناب من كان غالب ما بيده الحرام، فيحرم الأخذ منه، وإلا فلا، ما لم يكن المغصوب قائم العين[3].

[يفرق بين أجرة الإمام من الناس أو من الحبس من حيث التزام المسجد]

وسئل عن إمام مؤدب الصبيان، شارط مع الناس على سنة كاملة بأجرة منهم، دون الأحباس، وبعد مدة خرجوا للربيع، هل يمشي معهم، أو لا بد أن يواظب المسجد؟ وكيف إن مات، أو طال به المرض، وهل يجب عليه استخلاف أيام المرض؟

فأجاب: يفعل من ذلك ما شاء، وإن كانت الإجارة من الحبس، فيواظب المسجد، وفي الثانية لا يحاسب إلا بما أم وأقرأ (ص 546 ت) إلا أن تكون مدة المرض قليلة، كثمانية أيام، والله أعلم[4].

---

(1) أسقط المؤلف الكثير مما ورد في السؤال، فلم تفهم المسألة، ويفهم من أصل المسألة أن الأولين فرضوا لعمارة المساجد وأجرة الإمام على مياه العيون مقابل الانتفاع بها، وهي تصادم الشرع، فإذا أسقطت تلك العادة بقيت المساجد بلا عمارة، والإمام بدون أجرة، فمن يلجا إليهم لاشتراط الإمام عليه أن يدفع الأجر، يراجع السؤال في الأجوبة الناصرية، ص 83.

(2) الآية 2 من سورة الطلاق.

(3) الأجوبة الناصرية، ص 83.

(4) الأجوبة الناصرية، ص 83-84.

[مسألة في ضرب الصبيان لحثهم على التعليم]

وسئل عن المعلم إذا كان ضراباً للصبيان، بحيث يلطم الولد على وجهه ورأسه، فتسيل منه الدموع من شدة ضربه له، حرصاً على أداء حق الله في التعليم، لكون الأولاد إن رأوا التراخي منه اشتغلوا باللعب، وذهلوا عن القراءة، هل يجوز له كل ما فعل؟ أو لذلك حد معلوم؟ فإن كان له حد، فبينه لنا لنقف عنده، ونسلم من سلوك طريق البدع والضلالة والعداوة، لأن الضرب يستجلب له التشاجر والفتنة من أولياهم لقلة رجائهم؟

فأجاب: لا حد في ضرب الصبي، إلا ما ينزجر به وينفك عن اللعب من الضرب القامع غير المبرح، والفائدة ليست في كثرة الضرب، إنما هي في مراقبتهم ومراعاتهم بنظره، فمن رأي منه فترة، أدبه بحسب حاله مما يرجأ به انزجاره، من انتهار أو ضرب أو زجر أو إشارة، أو غير ذلك، ولا يتناول ما يرد بصره عنهم من القراءة في اللوح والكتب وغير ذلك، وقراءة أسواره جائزة ولكن أن يرعاهم بالنظر، والله أعلم[1].

[توجيهات بشأن الكتابة في اللوح ومحو الحروف والكلمات واستعمال المصحف والكتب]

وسئل عن الحروف التي تعرى في المصحف عن النقط والشكل، هل تنقط أو تشكل للصبيان مخافة اللبس عليهم في الألواح، أم لا؟ (ص 24 خ).

فأجاب: نعم يجوز النقط، ولا يجوز للمتعلم أن يمحو شيئاً من الحروف في لوحه ببصاقه، لأن ذلك يورث الحرمان من تحصيل العلم، ولا يبصق على أصبعه إذا أراد أن يقلب الورقة في الكتاب، ومهما أراد شيئاً من ذلك أو شبهه فيعمله بالماء المطلق، ولا فرق في الكتب بين المصحف وغيره من كتب العلم، قال الشيخ ابن العربي: نعوذ بالله من البدعة المفضية إلى الكفر، أو كما قال[2].

---

(1) لم ينقل المؤلف السؤال واكتفى بعبارة وسئل عن حد الضرب، ورأيت نقل السؤال كاملاً للفائدة، الأجوبة الناصرية، ص84.

(2) الأجوبة الناصرية، ص 84.

[مقدار تغيب مؤدب الصبيان وأئمة المساجد عن العمل]

وله، أعني الشيخ محمد بن ناصر الدرعي: أما سفر مؤدب الصبيان المنتصب للإمامة أيام قلائل، كالجمعة في السنة، مجتمعة أو مفترقة، فلا بأس به، وغيبته أكثر من ذلك لا يجوز إلا بشرط عند العقد، وأما تطوعهم بذلك فنافع إن كانت الأجرة من عندهم، وإن شارط بالأحباس فلا، وأكل المعلم من فتوحهم جائز إن جرت به العادة، أو أمر به ربه، والحذقات وهدايا الأعياد حق من حقوق المؤدب جرى به العرف في الأعصار والأمصار، فيقضي له بها ويرجع في مقدارها إلى عرف البلد بعينه، والحطب لا حرج، انتهى(1).

[بيان معنى اشتراك الطلبة بالحطب]

ومراده بالحطب ما ذكر في السؤال، وهو ما إذا اشترك مع بعض الصبيان في الماء المسخن بحطبهم، أو أعطى له شيء من الحطب، وفيه أن العادة جرت بذلك(2).

[سبب تسريح الأطفال في الأعياد والمواسم وعطلة مساء الخميس والجمعة]

وسئل عن ما حاصله: تسريح الأطفال في الأعياد وعاشوراء، أو المولد [النبوي] وليلة الإثنين والأربعاء والخميس، ما سببه ما جرت به العادة من ذلك، وهل يكف النساء من النسيج والغزل؟

فأجاب: وتسريح الصبيان فيما ذكرت سنة المعلمين، أي عاداتهم، ولا بأس به ولا أعرف لشيء من ذلك سبباً، إلا ما كان من تسريحهم من صبح الخميس، بعد كتب ألواحهم إلى صبح السبت، فإن الذي سنه لهم هو عمر بن

---

(1) الأجوبة الناصرية، ص 85، وقد نقلها المؤلف مع سؤالها في مسائل المساجد.

(2) كانت المساجد قديماً تحتوي على أماكن خاصة بالغسل، يؤخذ إليها الماء من بئر المسجد، ويتم تسخين المياه فيه، وهي معدة للمسافرين ومن ليس لهم أماكن في بيوتهم يغتسلون فيها، ويشرف على هذه الأماكن قيم المسجد، وإلى وقت قريب - منذ نصف قرن تقريباً - كانت المساجد في ليبيا على هذا النحو، ويطلق على محل الغسيل المطهرة.

الخطاب - رضي الله عنه - لما قابلوه من مسافة يوم، عند قفوله من الشام فخرجوا إليه بعد كتب ألواحهم أول الخميس، فأدركوه في آخر ليلة باتها في الطريق، فباتوا معه ليلة الجمعة في الطريق، ثم رحلوا معه من صبح الغد يوم الجمعة، فراحوا معه إلى المدينة المشرفة ليلة السبت، فلما أصبحوا يوم السبت وأسفر النهار، قرأوا ألواحهم التي كتبوها يوم الخميس، فأمر عمر المعلمين بتسريحهم لمثل ذلك أمد الدهر[1]، مسرة ومكافأة لهم على مقابلته والفرح بقدومه، (ص 29خ) ودعا على من خالف سنته في ذلك (ص 547 ت)[2].

[مسألة التشهيد للصبيان وراحة النساء في العطلات]

وأما التشهيد للصبيان عند تسريحهم من المكتب، فبدعة[3]، وأما كف الناس عن عملهن في ذلك لا أصل له إلا طلب الراحة، ولا بأس بذلك ما لم يعتقد أنه دين يتدين به، ويترتب عليه الأجر، وإن تركه يلحق فيه الوزر، ومن اعتقد ذلك فترك العمل في حقه بدعة، والله أعلم[4].

(1) أمد الدهر، أي على الدوام، فأضحت عادة مستمرة.
(2) لم أجد مصدراً لهذه الرواية فيما توفر لدي من مراجع، والمسألة في الأجوبة الناصرية، ص 85.
(3) لم أعرف المقصود بالتشهيد؟ وعلى أيام دراستي في الجوامع كنا نفرح بتسريح الفقيه المؤدب لنا، ونخرج من المسجد نردد جميعاً (سلم سيدي سرحنا حط عظامه في الجنة) فلعلها تكون هي المقصودة، والله أعلم.
(4) الأجوبة الناصرية، ص85.

مسائل كراء الأرض

[كراء أرض الوقف عن طريق الجزاء ومدى علاقته بالأشجار والثمار]

سئل الشيخ عبد القادر الفاسي عما يقع بالبوادي من إجزاء الأرض[1] المحبسة على المساجد وإكترائها سنين عديدة، مع كون شجرها محبسة مع أراضيها، هل لا يجوز ذلك ولا يرخص فيه، لما فيه من بيع الثمار قبل ظهورها؟ فضلاً عن بدء صلاحها، مع كون الأشجار ليست بتابعة للأرض، بل هي المقصودة بالذات، أو يرخص فيه لما فيه من مصالح الأحباس، لقيام مكتريها بمؤنها من الخدمة على الأشجار والتحظير عليها بالزرب وغير ذلك والمنع يؤدي لفساد الأحباس، وبطلان منافعها لعدم من ينظر بالبوادي في أحباس المساجد، لا سيما اليسير التي لا يتأتى إعطاء شيء منها لمن ينظر فيها؟

فأجاب: وأما كراء الأرض المحبسة وجزاؤها وفيها شجر، فإن كانت الأشجار تبعاً مثل الثلث فأقل، فذلك جائز وإلا فلا، ومعرفة التقويم بأن يقوِّم

(1) أي إقامة حق الجزاء عليها، وهو عقد يقع على الأرض الخلاء والحقول، وغالباً يتم على أرض الوقف التي لا يجنى منها أية فائدة، فيعمد ناظر الوقف إلى كرائه حتى يعود بالنفع على الوقف من حيث تحسين العقار وتحقيق أقصى فائدة من استثماره، يراجع كتابنا نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية، ص 205.

كراء الأرض أو الدار بغير شرط الثمرة، فإن قيل عشرة، قيل ما قيمة الثمرة مما عرف، مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤنة والعمل، فإن قيل خمسة فأقل جاز، قال أصبغ: وهذا إذا علم أن الثمرة تطيب مدة الكراء، وإلا لم يجز والله أعلم[1].

[أحكام عقود الجلسة في الأرض والحوانيت المملوكة ملكية خاصة]

وسئل العلامة، قاضي القضاة، سيدي محمد بن سودة، عن ما جرت به العادة في بلد فاس ومكناسة[2]، حرسهما الله في ملكية الجلسة مع صاحب الأصل في الحوانيت، وبيوت الأرحى، ثم أراد الآن ملاك الأصل أن يعطوا لملاك الجلسة قيمة جلستهم في ذلك، بعد أن يقوّم ذلك بأرباب المعرفة والبصر، فهل سيدي لصاحب الأصل تكلم مع رب الجلسة؟ إذ هي ليست بشريعة، والشريعة (ص 26خ) حكمت ببطلانها، أو لا كلام لرب الأصل مع رب الجلسة، لجريان العادة بها، مع أن رب الأصل إذا امتنع من كراء أصله بثمن معلوم له ذلك، إذا لا حجر عليه فيه كما في علمكم؟[3].

فأجاب بما نصه: إن الجلسة جارية مجرى الغرس في أرض الأحباس وهي على التبقية في حوانيت الحبس وقاعات الأرحى، ونحو ذلك، فإن وقعت عقدة أول الحول، أو كانت قبل وجريا عليها، أي صاحب الجلسة وذو الأرض، فلا كلام للآخر حتى يتم الحول، أو ما تعاقدا عليه من أكثر أو أقل فإن تم وتراضيا على شيء من الكراء أو الشراء للجلسة بما تراضيا عليه، فذلك

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 4/ 2.

(2) مكناسة: هي مكناس، وتسمى مكناسة الزيتون، جني زهرة الآس في بناء مدينة فاس، ص 96.

(3) حق الجلسة يقع على الحوانيت، ومباني الحرف والصناعات ويكون على العقارات الخاصة وعقارات الوقف، ويلزم المكتري تجهيز المحل بالمعدات، كالطاحون والمعصرة والفرن والحام، ويصبح له حق دائم يجوز له التصرف فيه ويورث من بعده، ويعرف في طرابلس ومصر وتونس بالخلو، يراجع كتابنا نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية، ص 205.

المراد، وإن تشاحا في زيادة كراء الأصل، ألزم ذو الجلسة بكراء وسط على المعروف وقت التشاح، من علو أو نـزول أو توسط، بقدر ما يشهد العرف أنه عدل، وألزم ذو الأصل قبول ذلك الكراء الذي لا يبخس فيه عليه، كما ألزم صاحبها بما لا شطط فيه عليه، وهو ذو الجلسة، فإن امتنعا معاً من الانقياد فهذا الذي تقدم بسطه (ص 548 ت) وهو وجه الفصل بينهما، وإن أبى صاحب الأصل إلا التقويم للجلسة وطاوعه مالكها للتقويم، قومت قيمة عدل على ما يقوله أهل المعرفة والخبرة بالتقويم، لا على أنها نقض منفصلة عن الأصل وإن أبى عليه من التقويم لم يجبر عليه.

[قيام الجلسة لا يتم إلا برضى الطرفين المكتري والمالك]

والحاصل: لا تقوم الجلسة بأرحى أو غيرها إلا برضى الفريقين، ولا جبر لأحدهما على الآخر في التقويم، إلا أن يشاء صاحب الجلسة بعد تمام عقدة الكراء، رفع انقاضه التي يمكن قلعها، مما لا حق فيه إلا له، فله ذلك ولا يمنعه ذو الأصل، فيلزمه المكث والكراء على الوسط المتعارف، بخلاف رب الأصل، فلا مقال له في إلزام صاحب الجلسة في تقويم عليه ولا قلع لأنها جارية مجرى الأجزية وعقودها، ولا يخفى حكمها الجاري في الأحباس.

[لملاك العقارات الخاصة حق تعديل الإيجار بعد انتهاء العقد]

وأما قول السائل: لرب الأصل أن يكري أصله بما شاء، ولا حجر عليه فليس بمعلوم في الأحباس، لا أجزيتها ولا أكريتها، وإنما ذلك بأجزية الملاك أملاكهم، وكراء ذوي الأصول أصولهم (ص27 خ)، إنما الحكم بعد تمام مدة عقدة الجزاء أو الكراء، إن لم يرضوا الملاك بما طلبوا من كراء رفع الأنقاض من الغرس والمواعين بالحوانيت، وإلا لو كان الحكم أن يتحكم صاحب الأصل الحبس في الغارس ومالك المواعين في الجلس، لأدى ذلك لخلاء

الأسواق بسبب رفعهم عليهم الأجزية والأكرية فوق الغاية، وإنما الناس يجرون على أعرافهم وعوائدهم، والعادة محكمة، وهي إحدى القواعد المبني عليها الفقه، والله أعلم[1].

[شراء حق الجزاء من مالكه الذي انتهى عقده أو بقيت له مدة]

وسئل الشيخ العلامة سيدي محمد ميارة[2]، بما نصه: جوابكم في مسألة رجل اشترى أصلاً جزاءاً، ودخل المشتري على أن الجزاء منصرم، فهل هذا البيع صحيح أم لا؟ وعلى الصحة، فعلى ما وقع عقد البيع، هل على رفع اليد عن الأصل الجزاء، ويتنـزل المشتري منـزلته في تبقيته بيده، كما كان بائعه إصالة، وإذا كان الأمر كذلك، فلا معنى لكتب الوثيقة بالبيع، كما هو عادة الموثقين بأنه اشترى منه جميع كذا، وعلم أنه جزاء، وإنما يعبر بلفظه بعد أن قبض فلان من فلان كذا، رفع نـزاعه عما كان يستحقه من بقاء يده مبسوطة بموضع كذا، بعد انصرام الجزاء وتنـزل منـزلته.

وإذا كان المبيع سيدي مشتملاً على أشجار، وبقي من مدة الأشجار مدة فهل المقصود بالبيع التبقية المذكورة مع بقية المدة والأشجار بحسب التبع، أو المقصود الجميع؟ وهل جلس الحوانيت يجري فيها ما ذكر أم لا؟ وما معنى قول الموثق ماعون الحانوت، وهل هو مرادف لقوله: تارة جلستها أم لا؟ بين لنا سيدي معنى الجلسة وشرحها، وما الفرق بين الجنات والأراضي والحوانيت، حتى يعبر في الحانوت بالجلسة، ولا يعبر عن غيرها بها؟ أجبنا ولكم الأجر، والسلام.

فأجاب بما نصه: الجواب، والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب، (ص 549 ت) إنه إن قصد السائل حفظه الله من المجيب، جلب نصوص الأئمة

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 91-92/ 2.

(2) تقدمت ترجمته.

المتقدمين على كل فصل من فصول السؤال فذلك متعذر لقصر الباع في المطالعة والحفظ، وضعف الملكة المسهلة لإدخال الجزئيات تحت الكليات وإلا فقد قالوا:-

لم يدع من مضى للذي قد غبر   فضل علم سوى أخذه للأثر (ص28 خ)

وإن قصد زاده الله حرصا مطلق الجواب، فالأمر كما قيل: ومن بذل المجهود صح له العذر، فقوله هل بيع ما جزاؤه منصرم أم لا؟ جوابه: إن بيعه صحيح لا وجه لفساده، ولم نر من قال به، أعني به في خصوص منصرم الجزاء، وإلا فالقول بمنع ما هو جزاء أو نسخه في الجملة موجود، لكن لم يصحبه عمل كما يأتي، وتوهم فساده هو من جهة الجهل بقدر الكراء، وذلك يوجب الفساد، إلا لو كان لرب الأرض أو الناظر عليها أن يكريها بما شاء، ولو زاد على كراء المثل، وأما مع كونه يحكم عليه بكراء المثل، فلا جهل، ومثل هذا وارد في فروع من الشريعة، كوجوب صداق المثل في نكاح التفويض وأجرة الرضاع للأم البائن ونحو ذلك، ولم نر من اعتبر ذلك الجهل، ولا جائز أن يكون لرب الأرض كراؤها بما أحب، ولو زاد على كراء المثل، لأن ذلك مع الدخول على التبقية، وانعقاد الضمائر عليها، وإن لم يصرح بها كالمتنافيين والله أعلم.

[جواز بيع حق الجلسة المقرر على الأملاك العامة وعلى العقارات المحبسة على غير معين]

وعلى تقدير اعتبار ذلك الجهل، فلا فرق بين منصرم الجزاء وغيره، لأن الجهل في المعاوضات لا يجوز سواء كان واقعاً أو متوقعاً، إذ كل آت قريب كيف وقد صرحوا بجواز بيع الأنقاض المقامة على أرض السلطان، ويجرى مجراها الأرض المحبسة على غير معين، قالوا: يجوز ولو كان للسلطان أن يزيد في الكراء، ويجوز ولو لم يشترط كراء مسمى، كما يأتي نقله من كلام الأئمة رضي الله عنهم، ويلزم على اعتبار ذلك الجهل أن لا يجوز بيع جلس

الحوانيت، أعني بعد تقرر جريان العمل به، إذ المنع فيها أظهر، لأن صاحب الجزاء إنما له الزيادة بعد مضي عشرين سنة مثلاً، ومالك أصل الحانوت له ذلك في كل سنة أو في كل شهر، فالجهل فيها أقوى، ولم أر من قال بمنع بيعها من هذا الوجه بالخصوص، ولن يأتي آخر هذه الأمة بأفضل مما جاء به أولها.

[البناء على الأملاك العامة من قبل مؤجرها يعتبر ذلك على التأبيد]

قال في نوازل البيوع والمعاوضات من المعيار أثناء جواب الفقيه أبي القاسم محمد بن عبد العزيز التازغدي، ما نصه: والباني في أرض السلطان على وجه الاستيجار، هو بان بشبهة غير متعد في بنائه، والعادة فيه إنما يدخل على التأبيد، وإن ذكر في عقد الاستيجار أنه إلى مدة (ص 29 خ) وإنما يدخل الناس فيه على التأبيد، فعليه يحملون، ولا يعتبر اللفظ في العقود إذا كان مخالفاً للمقصود، انتهى[1]. ثم إن القاضي ابن سهل حكى عن ابن المواز قال: من ابتنى في أرض السلطان، وفي بعض نسخ ابن سهل في أرض الصافية[2]، من أرض السلطان، ويؤدي الكراء، فيبيع الباني النقض قائماً وربما زاد عليهم السلطان في الكراء (ص 550 ت) فإذا باع النقض ولم يشترط كراء مسمى جاز، قال محمد: إنما هو في أرض السلطان التي لا تنزع ممن يبني فيها، وكذلك الغراس، وأما لغيره فلا يجوز للباني بيع شيء من النقض على كل حال، انتهى[3].

[يجوز بيع البناء المقام على أرض مملوكة للغير]

فقوله: لا تنقض يعني لا يجوز انتزاعها، بدليل إجازته بيع النقض قائماً

(1) المعيار المعرب، ص 209/ 6.

(2) الصافية: لعل المقصود بها الصوافي، وهي العقارات التي أختارها الإمام لتكون وقفاً للمصلحة العامة، يراجع كتابنا التوثيق العقاري في الشريعة الإسلامية، ص 68.

(3) المعيار المعرب، ص 208/ 6.

لأنه يكون حينئذ غرراً، فلما أجاز بيعه قائماً على أنه لا يجوز انتزاعها، فإذا لم يجز انتزاعها لم يجز بيعها، لأن مشتريها حينئذ يكون غير متمكن منها انتهى[1]. وقد اشتمل على فوائد زائدة على مسألتنا المشار لها بقوله: فإذا باع النقض ولم يشترط كراء مسمى جاز، ونقل قبله بالقرب منه من جواب الأستاذ أبي سعيد بن لب في بيع الأنقاض، مع العلم بالتواطي على التبقية قولين: المنع، وينقض إن وقع، قال: وهذا هو المستعمل في المذهب، وذكره أصحاب الوثائق، قال: وأما على مذهب ابن المواز بجواز ذلك في أرض السلطان، فالشراء صحيح والتبقية من حق المبتاع، وقد اشترى المنفعة بالقاعة فمن حقه أن يقوم بعيبها، إذ هو قاطع من كمال الانتفاع بها، انتهى[2].

[من اشترى الانقاض فله القيام بالعيب في المنفعة]

وقد اشتمل زيادة حكاية القولين على فرع آخر، وهو أن المشتري للإنقاض اشترى المنفعة بالقاعة، فمن حقه أن يقوم بعيبها، فقول الأستاذ: إن القول بالمنع هو المستعمل في المذهب، هو خلاف ما عليه العمل عندنا من الجواز، الموافق لقول ابن المواز، ثم قال في آخر نوازل البيوع أثناء جواب طويل للأستاذ أبي سعيد بن لب أيضاً مع نصه ببعض اختصار:-

[المغارسة في الأملاك العامة]

وأما ما سألتم عنه من الإقدام على المغارسة في أرض السلطان، مع ما فيه من الكراء إلى غير أجل، وأنه لا يعلم (ص 30 خ) متى يوظف الكراء لارتباط التوظيف بخروج العامل، إلى أن قال: في هذا العقد ما يظن أنه مانع ثلاثة أشياء:-

<u>أحدهما</u>: الدخول على كراء مجهول القدر في الحال، فبغرسه في

---

(1) المعيار المعرب، ص 209/ 6.

(2) المعيار المعرب، ص 204/ 6.

الأرض صار ملتزماً لكراء تلك الأرض بما سيوظفه العامـل، ويختلف باختلاف نظر العمال عند خروجهم، واختلاف السنين.

والثاني: الدخول على الجهالة بابتداء لزوم الأداء لوجيبة الكراء متى يكون، فربما يرجو تراخي التوظيف، ولذلك غرس، فيستعجل عليه فيه.

والثالث: جهالة أجل الكراء ومنتهاه، إذ لم يدخل فيه على حد معلوم وهذه الأشياء تقتضي المنع من التعرض لهذا العقد ابتداء[1].

[حكم ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم]

ثم قال بعد محاولة توجيه ما جرى به العمل من الجواز ما نصه: وهذا الذي ذكرته مظنة إباحة لا على الجزم بالإباحة بسببه، وذلك إن ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن، على خلاف أو وفاق، إذا لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين، ولا بمشهود من قول قائل، لا سيما وقد يقال: إنه ظاهر ما تقدم من كلام ابن المواز ذلك البناء والغرس ابتداء مع عدم العلم بمدة (ص551 ت) الكراء، ومع الدخول على اختلاف وجيبته بالزيادة والنقصان كما قال، انتهى[2]. وفيما تقدم كفاية من الاستدلال على جواز بيع البناء والغرس المقامين على أرض الحبس انصرم الجزاء أم لا، وأن القائل بالمنع لم يخص ذلك بما انصرم جزاؤه.

[عقد شراء الجزاء عقد بيع وإجارة في نفس الوقت]

وقول السائل: وعلى الصحة فعلى ما وقع عقد البيع؟ جوابه: إن الأرض المستجارة إن كانت براحاً، فالعقد على الانتفاع بها، وهو كراء محض، وإن كان بها بناء أو غرس فالعقد مشتمل على بيع وكراء، واجتماعهما جائز، فالبيع للبناء والشجر، والكراء للأرض المقام عليها البناء والشجر لتنـزل المشتري لها

(1) المعيار المعرب، ص 469 / 6.

(2) المعيار المعرب، ص 471/ 6.

أو المشتري من المشتري وهلم جرا، بمنـزلة المستأجر الأول في الانتفاع بالأرض ودفع كرائها، ولهذا يقول الموثق: اشتري فلان من فلان جميع زينة كذا[1]، مما له قيمة بعد القلع، وينص على أنه (ص 31 خ) وَلَي للمشتري عقدة الكراء، يعني على الوجه الذي دخل هو عليه في التبقية على التأبيد، وبالضرورة أنه إذا انتقل الملك من شخص لآخر، ارتفعت يد المالك الأول، وأطلقت عليه يد الثاني، وهو جار في البيع والهبة والاستحقاق وغير ذلك، فارتفاع يد الأول وبسط يد الثاني من لزوم العقد لا أنه المعقود عليه.

[حكم شراء البناء من مالكه المستأجر للأرض مع بقاء البناء عليها إلى انتهاء مدة الإجارة]

وفي آواخر نوازل البيوع من المعيار، في أثناء جواب للفقيه راشد بن أبي راشد الوليدي ما نصه: أما الجواب عن بيع الأنقاض القائمة على قاعة مستأجرة إلى مدة، على بقاء الأنقاض قائمة على القاعة، إلى تمام المدة المستأجرة فذلك جائز ولا مغمز فيه، لأن البائع باع رقبة الأنقاض، وباع مع ذلك منه الانتفاع بالبقعة، لبقاء الأنقاض عليها إلى تمام الأمد، وكلا الأمرين مبيعين بثمن سمياه وإن لم يسمياه ما لكل نوع من ذلك، لأن ذلك من باب جمع السلعتين في عقد واحد، والبائع مالك واحد، وثمن استيجار البقعة باق على بائع السلعتين، إلا أن يشترط دفعه على المشتري على نجومه لمكري القاعة، بعد العلم بقدره فيجوز، ويكون الحاصل من أمرهما، أن المشتري اشترى عين النقض، واكترى منه القاعة إلى تمام المدة بثمن معلوم، فلا مغمز في ذلك لأن ذلك بيع وإجارة، ولا بأس باجتماع بيع وإجارة عند مالك رحمه الله وكما يجوز شراء

(1) حق الزينة يقع على عقار عائد للأملاك الخاصة بالدولة، وهو عقد كراء يلزم صاحبه بأن يقوم بإنشاء بناء عليه أو إجراء تحسينات على البناء القائم، ومن ثم يصبح لمن أقام ذلك أن يتمتع بحق البقاء بشكل دائم بما أحدثه من بناء أو تحسينات على أن يؤدي مقابل ذلك مبالغ دورية وتبقى ملكية الرقبة للدولة، يراجع كتابنا نظام العقاري في الشريعة الإسلامية، ص 204.

النقض خاصة على القلع، ويجوز اكتراء القاعة من مكتريها إلى المدة التي اكترى إليها خاصة، يجوز جمع ذلك، فما جاز بيعه على الانفراد في مثل هذا، جاز مع الازدواج، انتهى محل الحاجة منه[1].

[شراء البناء أو الغرس المقام على أرض مكتراة، وهو شراء على التبقية وليس أنقاضاً]

وقوله: وعلى بقاء الأنقاض قائمة إلى تمام المدة المستأجرة، راعى في هذه الفتوى الألفاظ، وتقدم عن جواب التازغدي أن الدخول في ذلك على التأبيد، وأنه لا يعتبر اللفظ إذا كان مخالفاً (ص 552 ت) للمقصود، وأن الأرض لا تنزع ممن بنى فيها، بدليل جواز بيع النقض قائماً، وإلا كان غرراً وإذا لم يجز انتزاعها لم يجز بيعها، أي من غير مالك الأنقاض، وأما له فجائز، أي لأنها إذا بيعت لغيره لا يتمكن منها مشتريها (ص 32 خ) لأن الأنقاض تبقى فيها على التأبيد، وتقدم أيضاً، مكتري الأرض اشترى المنفعة بالقاعة، فإن وجد فيها عيباً فله القيام به.

[شرح ألفاظ الموثقين في عقود بيع حق الجزاء]

وقوله: وإذا كان كذلك، فلا معنى لكتب الوثيقة بالبيع إلى آخر جوابه إن ما يكتبه الموثقون هو الصواب، لأنه اشترى منه الزينة في كل ما له قيمة بعد القلع، وقد تقدم بيان ذلك، وقوله: وعلم أنه جزاء لا بد من ذكر هذا، ولو لم يذكر لاندرجت الأرض في بيع الأشجار، وتناولها عقد بيعها، كما هو معلوم في باب ما يتناوله عقد البيع، وقوله القياس أن يكتب الموثق بعد أن قبض رفع نزاعه، تقدم أن رفع يده ونزاعه من لوازم العقد، لا أنه المعوض عنه المقابل للمقبوض، وقوله: وإذا كان المبيع مشتملاً على أشجار، وبقي من مدة الاستيجار إلى آخره، تقدم جوابه، وأن المعقود عليه البيع هو الزينة المقامة

---

(1) المعيار المعرب، ص 463/ 6.

على أرض الحبس، على أن يعطي مشتريها كراء مثل الأرض، وتبقى أشجاره في أرضها على الدوام والأستمرار، كما دخل على ذلك المستأجر الأول[1].

[بيع حق الجلسة في الحوانيت وغيرها ينقل للمشتري بصورة دائمة ويكون لخلفه أيضاً]

وقوله: هل جلس الحوانيت إلى آخره، تقدم أن العمل جرى بجواز بيعها، وكأنهم لاحظوا في ذلك مصلحة المكترين معاً، والظاهر أن جلسة الحانوت وماعونها مترادفان، بمعنى الجلسة على الوجه المتعارف، أنه اشترى جلوسه وإقامته بتلك الحانوت، هو ومن يدخل من ناحيته من مشتر أو موهوب أو وارث، أو غيرهما على الدوام، والاستمرار كمكتري الأرض للغرس وبناء بحيث ليس لصاحب الأرض إخراجه، وإنما له كراء مثله، بحسب الأوقات والأعراف.

[شراء الماعون في المكان يعني شراءه على البقاء]

ومعنى الماعون أنه اشترى منه آلة الحانوت، على أن تبقى بها على الدوام والاستمرار، وما رث منها أصلحه مشتريه إن شاء أو تركه، وليس لصاحب الأصل إلا كراء المثل فيرجعان لمعنى واحد، إلا أن التعبير بالماعون فيما فيه ماعون، كحانوت العطار والبقال ونحوهما أنسب، التعبير بالجلسة فيما لا ماعون فيه أنسب، والله أعلم، وهذه المسائل المتعلقة بجلسة الحانوت وماعونها هي التي عنيت أول الجواب بعدم وجود نص على عينها والله سبحانه أعلم[2].

[الفرق في الجزاء المقام على وقف خيري، والعقار الموقوف على معينين]

تحصيل الذي تلقيناه من بعض شيوخنا المحققين، أن الجزاء المقام على الأرض المحبسة (ص 33 خ) على غير معين، كالفقراء والمساكين، أو على

(1) الكلام ما زال متصلاً للشيخ ميارة على ما وجد في أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 96/ 2.
(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 97.

المساجد، أو التي لجانب المخزن، وهي التي لبيت مال المسلمين، فإن الدخول في عقد جزائها على التأبيد، وعدم أمر الباني أو الغارس، أو من دخل من ناحيته بقلع بنائه وشجره، بخلاف الجزاء المقام على الأرض المملوكة أو المحبسة على معينين، فإن الدخول فيها على عدم التأبيد، والتحديد بالمدة المدخول عليها، فإذا انقضت، فلرب الأرض (ص 553 ت) أن يبقى الزينة لأجل آخر يتفقان عليه، أو يأمره بقلع بنائه وشجره، ولهذا تجد الناس يتنافسون في جزاء المساكين والمساجد ولو بأعلى ثمن، ويزهدون في شراء جزاء الأرض المملوكة أو المحبسة على معينين.

[إجارة الأملاك العامة تختلف عن الأملاك الخاصة]

وإلى هذا المعنى، والله أعلم، الإشارة بقول الإمام أبي القاسم التازغدي في أثناء جوابه المنقول بعضه آنفاً، ونصه: والباني في أرض السلطان على وجه الاستيجار، إنما يدخل على التأبيد، ولا يعتبر اللفظ في العقود إذا كان مخالفاً للمقصود، وما الدليل على أنه عرف الناس، أنهم يقولون في جزاء المخزن الحمي الصغير، وإنهم يجتنبون جزاء الرعية دون جزاء المخزن، وثمن جزاء دار المخزن أكثر من ثمن جزاء الرعية، وأنهم يعقدون الجزاء من المخزن ويكتبونه إلى عشرة أعوام، وربما لا يفرغون من البناء حتى يمض جل المدة أو جميعها، وهذا أظهر من أن يفتقر إلى دليل، ثم ذكر مسائل تدل على أن المعتبر العرف المدخول عليه دون اللفظ المكتوب في العقود، فأنظره إن شئت، والله سبحانه أعلم، وكتب محمد بن أحمد ميارة كان الله له بمنه[1].

[حكم التصرف في حق الجلسة في الحوانيت والرحى وغيرها من الأملاك الخاصة]

وسئل عن ذلك الشيخ عبد القادر الفاسي رحمه الله[2]، فأجاب بما

---

(1) المسألة بكاملها في أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 92-98/ 2.

(2) في أجوبته: كان سؤاله بعد إجابات الفقهاء السابقة، ص 98/ 2.

نصه: وقع السؤال والكلام على هذه الجلس، جلس الحوانيت والأرحى التي جرى العرف ببيعها، وعقد الرسوم عليها، وكذلك أرض الجزاء، والجواب: إن الذي كان يقرره شيخنا العلامة العارف بالله أبو محمد عبد الرحمن بن محمد، قدس الله روحه عن شيخه (ص 34 خ) الإمام أبي عبد الله القصار عن الشيخ الفقيه العددي الفرضي سيدي شقرون بن هبة التلسماني(1)، وكان عارفاً بالمذهب جامعاً لفروعه، يحفظ شامل بهرام، ويقرأه عن ظهر قلب، وله شرح على رجز التلسماني في الفرائض وغيره، إن أصل ما ذكر، إنما هو المنفعة المتملكة بعقدة الكراء، ولا فرق في ذلك بين الحوانيت والفدادين وغيرها، إذ كل منهما عقد كراء، وإن كانت المدة والأجل مختلفة.

[حق الجلسة من حقوق المنفعة وليس من حقوق الانتفاع]

والقاعدة أن من ملك منفعة، فله التصرف فيها بنفسه، أو يولي غيره، قال القرافي في فروقه، في الفرق الثلاثين: تمليك الانتفاع أن يباشر هو بنفسه فقط وتمليك المنفعة أعم، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالعارية، انتهى(2). فحاصله إن تملك المنفعة يلزمه صحة البيع أو الهبة أو الإجارة لها، والميراث بخلاف الانتفاع، لأنه مقصور على ذات معينة فلا تتعداها إلى غيرها، وكون المنفعة المتملكة مناطاً للعقد، ومحلاً لجواز المعاوضات والتبرعات فيها، أمر لا تنازع فيه، ولا يحتاج إلى استظهار واستدلال (ص 554 ت).

[بيان أسباب نشأة حق الجلسة على عقارات الحبس وغيرها]

ثم أنه وقع التمالو والاصطلاح في هذه الأعصار، بل وقبلها، من بعض

(1) لعله محمد شقرون بن هبة الله الوجديجي التلسماني، نزيل فاس ومفتي مراكش، كان فقيهاً علامة مشاركاً في كل فن، له مؤلفات، توفي بفاس سنة 983 هـ البستان ص 261.

(2) كتاب الفروق للإمام القرافي، الفرق الثلاثون بين قاعدة تمليك الانتفاع وبين قاعدة تمليك المنفعة، ص 187/ 1، وانظر شرح ذلك كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، ص 8-47.

أصحاب الأصول ولا سيما أهل الأحباس، إنهم لا يخرجون من وقعت له عقدة في ذلك، وقرروه على ذلك الوجه، ولا يدخل غيره مدخله، إلا إن رفع نـزاعه عنه، وإنما فعلوا ذلك لما رأوه من المصلحة لهم في ذلك، فهو عندهم على التبقية، كما أن العادة هنا على التبقية، كذلك هي في مصر[1]، قاله في التوضيح ونصه في باب الشفعة: وينبغي أن يتفق في الأحكام التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيه، أي في الحبس، لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلاً، فكان ذلك بمنـزلة مالك الأرض، وقاله شيخنا رحمه الله، انتهى[2].

[الإقبال على كراء عقارات الحبس من أجل التبقية، أي الإجارة الطويلة]

ولأجل هذا المعنى، وهو مراعاة التبقية، تنافس الناس في شراء هذا العقد وتوليتها، وكيف لا وأنت ترى صاحب التوضيح قد قال: فكان (ص 35 خ) ذلك بمنـزلة مالك الأرض، أي بسبب ذلك الاعتبار، وإذا كان الأصل هو شراء المنفعة المتملكة بالكراء المؤجل، بأجل محدود الذي لا نـزاع في جوازه، ولا خلاف فيه، لم يضر اعتبار ذلك المعنى، وهو ملاحظة التبقية معه من غير أن يكون شرطاً مذكوراً، ولا أن العقد وقع عليه، وإنما هو شيء ملحوظ، بل ولو تجرد هذا الاعتبار وعري عن العقدة، أعني حيث ينصرم الأجل ما ضر أيضاً[3].

[ادخال المستأجر الجديد بعد أن يتنازل صاحب الحق الأول عنه]

وكانت التولية وإعطاء المال على ذلك جائزاً، لما تقدم أن أصحاب

---

(1) يسمى حق الجزاء في مصر حق الخلو، كما هو الحال في ليبيا.

(2) لا يتفق هذا الرأي مع أحكام الحبس إذا كان المقصود أن الباني له الشفعة، أما العكس، أي يكون للحبس أن يشفع إذا تصرف الباقي فهذا من مصلحة الحبس، والله أعلم.

(3) يلاحظ هنا سبب قيام هذه الحقوق العينية العرفية على العقارات، وخاصة المحبسة، هو الدوام بدلاً من الكراء العادي المؤقت، وهو ما يرغبه التجار والصناع.

الأصول مصطلحون على عدم إخراج أصحاب العقد، وإنهم أحق بالعقد من غيرهم، لكن إن شاءوا زادوا عليهم في قيمة الكراء، فإن رضوا بذلك، وإلا رفعوا نـزاعهم، ولا يعقدون لغيرهم إلا أن رفعوا نـزاعهم، فهذه الأولوية والتقديم على الغير بسبب السبق ووضع اليد، هي المقصودة حينئذ، ويبذل الدراهم لأجلها، ليرفعوا أيديهم ونـزاعهم عن ذلك، ويتولى الداخل حينئذ العقد مع صاحب الأصل كما هو مصطلحهم، ولولا رفعه اليد الأولى ما وجد هذا الثاني إلى ذلك سبيلاً[1].

[ما يكتب في عقود التنازل عن الكراء بطريق الجلسة]

وإذا كان رفع اليد هو المقصود لم يضر ما يكتبه الموثق من خلاف ذلك إذ لا يعتبر اللفظ في العقود إذا كان مخالفاً للمقصود، كما قاله أبو القاسم التازغذي، كما أنه أيضاً لا عبرة بما يكتبه الموثق أيضاً في التعبير عن الجلسة بأنها ماعون الحانوت المشتمل على كذا وكذا، إذا ذاك شيء آخر منفصل عن هذا المعنى، لا ملازمة بينهما، بل ولو كان ذلك الماعون مفرداً، لما بيع بذلك الثمن، ولا ما يقاربه، وإنما ألجأهم إلى ذلك ضيق العطى وعدم صوب الصواب، فإن قلت أين دليل ما قلت، ونظيره؟

[تصرف في حصة شائعة بعقد صوري]

قلت: هو موجود في نصوص الأئمة، وله نظائر، فقد سئل القاضي أبو الوليد بن رشد عمن له جزء في معدن معه فيه أشراك عدة[2]، فادعى أحدهم أنه وهب هذا الجزء من المعدن على الإشاعة، وأقام على ذلك شاهدين (ص 555 ت) لم يريا المعدن، ولا عرفا ما هو، ولم يحوزاه، والمعدن في موضع

(1) ما زال الكلام متصلاً في إجابة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 99/ 2.

(2) في مسائل ابن رشد: معدن من معادن الفضة، وكان يشركه في المعادن ستة عشر شريكاً، ص 1112/ 2.

والشهود في آخر، واستظهر المدعي عليه، بعقد يقتضي أن تلك الهبة إنما كانت صورة، وإنما كان بيعاً، (ص 36 خ) والهبة تحيّل لإجازته، هل هذه الهبة جائزة أو يبطلها الرسم الآخر؟

فأجاب: إن باعه، أو وهبه حظه من المعدن، ولا نيل فيه الآن، لكن يرجو الحائز[1]، العثور عليه فهو جائز، إذ ليس ببيع، وإنما ترك له بما أخذ منه ما هو أولى به من الطلب في ذلك الموضع، لتقدم حفره فيه، انتهى[2].

وقد نقله البرزلي وكذا التتائي، فانظر قوله إذا ليس ببيع إلى آخره، تجده موافقاً للمسألة المتكلم فيها، ودليلاً على جوازها، وأن المعتبر في المسألة ما ذكره، وما هو حاصل الأمر لا ما يكتبه الموثقون في عقودهم، إذ ذاك شيء جرت عليه عادتهم في مساطيرهم من غير التفات إلى المقصود، وسبب ذلك عدم تحرير المسألة على الوجه المذكور، ثم قال البرزلي بعد نقل كلام ابن رشد السابق: -

[عدم جواز بيع حق الانتفاع أو التنازل عنه]

هذا ونحوه، يدل على ما يفعل اليوم في البلاد المشرقية من بيع وظيفه في حبس، أو نحوه من مرتبات الأجناد، بأنه يرفع يده عنه خاصة، وقد كان يمضي لنا عن أشياخنا أن هذا لا يجوز لوجهين: أحدهما أنه لا يملك إلا الانتفاع لا المنفعة، فلا يجوز له فيها بيع ولا هبة ولا عارية، والوجه الثاني على جواز تسليم بيعه، فهو مجهول لا يدري بقاؤه فيه، ولا قدر ما يستحقه، وقد تقدم في الجعائل في كتاب الجهاد، وأنه ليس بمعاوضة حقيقية، ومن شرطه أن يكون من أهل حُبسه وديوانه[3].

---

(1) في المسائل الحافر، وفي (ت)، (خ) والطبعة الحجرية: الحائز.

(2) مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 1112/ 2، وفي فتاوى البرزلي: الحائز؟

(3) فتاوى البرزلي، ص432/ 3.

[مسألة وقعت للشيخ البرزلي في التنازل عن الانتفاع]

وقد وقعت لي مسألة بالديار المصرية، وذكرت فيها أن أصحاب حبس المدارس والزوايا لا يجوز لهم بيع ولا هبة ولا عارية، ثم إني افتقرت لسكن بعض المدارس أيام الإقامة، فأعارني رجل بيتاً في مدرسة شيخون، وأنا سائر إلى الحج، وأعارني آخر أخرى في المدرسة المستنصرية بالقصرين، بمجاورة المارستان بالقاهرة في حالة الرجعة[1]، فأخذوا علّي في ذلك الذي افتيت بالمنع وفعلت!؟

فأجبت بأني من أهل الحبس، لكن سبقني فيه غيري، فإذا طابت نفسه يرفع يده زماناً أو مطلقاً، فهو جائز[2]، انتهى[3].

[مسألة في كراء محاجر الملح والمعادن]

وفي نوازل المعيار، سئل الفقيه أبو زيد عبد الرحمن بن مقلاش[4] عمن اكترى الملاحة البطحاء مدة (ص 37 خ) معينة، هل يسوغ أم لا ؟، مع أن أمر الملح إذا أزيل من محل، عاد كما كان بعد أسبوع ونحوه، ولا سيما في شدة الحر، فأي غرر أعظم من هذا ؟. (ص 556 ت).

فأجاب : أما الملاحة، فليس الكراء فيها بيعا لمحلها كما توهمت، بل الكراء فيها لأجل رفع الحجر عنه مدة من الزمان، لأنها محجرة لمصلحة

---

(1) مدرسة شيخون لم يرد لها ذكر في خطط المقريزي، أما المدرسة فإن اسمها المدرسة المنصورية، وهي قريبة من البيمارستان الكبير المنصوري، كتاب المواعظ والاعتبار المعروف باسم الخطط المقريزية، ص 29-604/ 2.

(2) لمعرفة الواقعة وحكمها الشرعي، فإنه يفرق بين الانتفاع والمنفعة، فالأول يكون في الأسواق والمدارس والمساجد، والفنادق التي تعد للسبيل بدون مقابل، فهذه تكون للأول ويكون له انتفاعها، أما المنفعة فلا يتم إلا بالعقود كالإجارة والوديعة والحبس، وما إليها، يراجع كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، 36/ 2.

(3) المسألة في فتاوى البرزلي، ص 432/ 3، ونقلها الشيخ عبد القادر الفاسي في إجابته، ص 100/ 2.

(4) لم أعثر له على ترجمة.

اقتضت ذلك، فإذا اقتطعه الإمام، أو من هو قائم مقامه، لأحد من الناس فإنما أباح له التصرف فيها، كما فعل في المعادن، فلا غرر، قال أبو العباس الونشريسي : وانظر مسألة كراء الردود لصيادة الشابل[1] فيكون مكتري الأرض على هذا لرفع الحجر عنها، لأنها محجورة لحق أربابها، انتهى[2].

[كراء حق الانتفاع لا يعتبر ملكا للرقبة أو المنفعة]

ومن هذا المعنى مروج القصارين بضفتي وادي فاس[3] فإنما فيها الانتفاع لا المنفعة، فإذا وقع تبايع أو عقد، فإنما ذلك لرفع اليد بسبب السبقية على الوجه المذكور، إذ ليس في ذلك ملك رقبة ولا منفعة، وإنما فيها الانتفاع، وقضي للسابق، وإضافتها لجانب وإدخالها في الحبس جور، وإذا ليس للمسجد إلا ما حبس عليه أرباب الملك ها هنا[4] والله تعالى أعلم، وكتبه عبد القادر بن علي بن يوسف الفاسي، وفقه الله، أمين، انتهى[5].

[أداء الكراء يكون وفقا للشرط أو العادة، أو مياومة]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، إذا وقع الكراء في الدار لسنة

---

(1) شابل : اسم سمك معروف إلى اليوم في المغرب، يصاد من الأنهار، يراجع ملعبة الكفيف الزرهوني، ص 43.

(2) المعيار المعرب، ص 146/ 6، ما عدا مسألة كراء الردود لصيادة الشابل، لم ترد في النسخة المطبوعة من المعيار .

(3) مروج القصارين : مكان بضفتي وادي فاس، يلاحظ أنها لم تكن ملكا لأحد، وأنها من الأشياء التي فيها مجرى الانتفاع دون ملك ولا تحبيس، الموسوعة المغربية، معلمة المدن والقبائل ملحق رقم 2، ص 342 .

(4) يفرق الفقه الإسلامي بين حق الانتفاع وحق المنفعة، على خلاف القانون الوضعي، فحق الانتفاع في الشريعة الإسلامية، يقصد به الاستعمال الشائع بين الناس، كمن يحضر إلى ساحة السوق مبكرا، فيأخذ مكانه فيه ليبيع بضائعه، وهو حق مقصور عليه لا يجوز له التصرف فيه ولكن له حق الأسبقية عن غيره، ولهذا أفتى الشيخ عبد القادر الفاسي بعدم جواز تحبيسه يراجع في تفصيل الفرق بين حق الانتفاع وحق المنفعة في الشريعة الإسلامية والقانون، كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، ص 36 وما بعدها.

(5) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 98 ـ 2/ 101.

معينة، بكراء معلوم مضمون في الذمة، فإن كان هناك شرط أو عادة في تأخير الكراء أو تعجيله، فإنه يعمل بمقتضى ذلك، وإن لم يكن هناك شرط ولا عادة فإنما يستحق الكراء مياومة، وهذا عند المشاحة، وأما مع التراخي، فيجوز التقديم والتأخير، قال بعضهم، يعنى الشيخ الأجهوري : ومعنى المياومة، أنه كلما استوفى منفعة يوم، أي تمكن من استيفائها، لزمه أجرته، وفي المدونة : وأما الأكرية، في دار أو راحلة، أو في إجارة بيع السلع ونحوه، فبقدر ما مضى، انتهى.

[إذا لم تعين مدة الكراء فللمكتري الخروج متى شاء ولرب الدار إخراجه]

وللشيخ محمد بن مقيل، جواب عن مسألة، نصه : إذا كان الكراء بالسنة، من غير تعيين للسنة، فأحرى الروايات في ذلك، أن للمكتري أن يخرج متى شاء، ولرب الدار أن يخرجه متى شاء، سواء كان ذلك في أول السنة، أو آخرها (ص 38 خ) أو وسطها، ويؤدي من الكراء بحسب ما انتفع، فإن وقع فقد لزمهما ما وقع النقد فيه، وأما إذا وقع كراء في سنة بعينها، فالكراء لازم في السنة المعينة، وإذا زاد بعد انقضائها، فقيل : يكون عليه فيما زاد بحسب الكراء الأول، وقيل : يكون عليه كراء المثل، قال عيسى عن ابن القاسم في العتبية : وكراء المثل أحب إلي[1] انتهى والله اعلم.

[كراء دار الفاسق أو بيعها لإبعاد ضرره عن الجيران]

وللفقير[2] نص مسألة، نصه بعد الصدر : قال الإمام مالك، رضي الله عنه، في كتاب ابن حبيب : الفاسق المعلن بفسقه، يكون بين ظهر القوم في دار

(1) البيان والتحصيل، كتاب كراء الدور، ص 43/ 9.

(2) لعله يقصد المؤلف نفسه، وهو تعبير فيه تواضع، ولكن في نهاية المسألة ذكر أنه نقلها من خط أستاذه الشيخ أحمد المكني ؟.

نفسه، أن الإمام يعاقبه على ذلك، فإن لم ينته، أخرجه عنهم، وبيعت عليه اللخمي، أرى أن يبتدئ بعقوبته، فإن انزجر وإلا كريت عليه، فإن لم ينته وكان يأتي لأذى الجيران، ويقول : أنا آتى لداري، وما أشبه ذلك، بيعت عليه (ص 557 ت) وقال ابن القاسم : يتقدم إليه مرة أو مرتين، أو ثلاثا، فإن لم ينته، أخرج وأكري عليه، ولم يذكر البيع، وكذا في روايته عن مالك(1).

قال ابن رشد : وقول ابن القاسم فيه أصح، لما ذكره، يعني في السماع من رجاء توبته، ولو لم تكن الدار له إلا بكراء، اكريت عليه ولم ينفسخ كراءه ابن عرفة، لأن فسخ الكراء مضرة على رب الدار، قال بعض المشايخ : ويحتمل حمل رواية ابن حبيب على من لا ترتفع مضرة فسقه إلا برفع ملكه يعني بالبيع، وحمل رواية ابن القاسم على من ترتفع مضرته بمجرد كرائها عليه، والله تعالى اعلم، انتهى إلى هنا ما هو بخط الشيخ أحمد المكني .

[مسألة من اكترى أرضا للزراعة لسنة مطر وزرع فولا وحصده ويريد أن يزرع غيره]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عمن اكترى أرض حبس لسنة بالمطر في أول إبان الحرث، ثم صادف أن زرع فيها فولا، وبعت عين فوقها لشدة برد السنة، فجذ فوله، وأراد أن يجعل مكانه ذرة، لولا الماء النابع ما تمكن منها رب الأرض، واحتج بأنه لو زرعها قمحا ما تمكن الانتفاع بها سوى مرة واحدة، هل يمكن من ذلك أم لا ؟.

فأجاب : وأما مكتري الأرض للزراعة، فزرع فولا وحصده، وأراد أن يعيد مرة أخرى غيره، فلا سبيل له إلى ذلك، لأن السنة في المطر بالحصاد

(1) نقلها ابن أبي زيد في النوادر والزيادات، ص 152 153/ 7، وابن شاس في عقد الجواهر الثمينة ص 862 863/ 2.

[قال في المدونة : ومن اكترى أرضا فحصد زرعها قبل تمام السنة، فأما أرض المطر، فجعل السنة فيها الحصاد][1] ويقضى بذلك فيها[2].

[مسألة في عقد كراء الأرض لم يحدد فيه نوع الانتفاع بها]

وسئل عمن اكترى أرضا على أن يزرعها ما شاء، والبعض أضر والخيار عرفي[3] هل يفسد الكراء أم لا ؟.

فأجاب : وأما من اكترى أرضا على أن يزرعها ما شاء، والبعض أضر إلى آخره، فإنه إذا صرح وقال : يزرع فيها ما شاء، كان ذلك جائزا، وقد قال في التوضيح على قول ابن القاسم[4] ولو لم يعين في الأرض بناء ولا زراعة ولا غرسا ولا غيره، وبعضه أضر، فله ما يشبهه، فإن اشتبه الجميع فسد، ما نصه وقع في بعض النسخ بعد قوله : ولا غيره ما نصه : وإلا خيره، ويقتضي أنه لو خيره جاز، ونحوه في الجواهر، فإنه قال : ولو قال انتفع بالأرض كيف شئت، جاز[5] وتردد فيه التونسي، انتهى[6].

[عقد الجزاء في الأرض البيضاء على أن ينتفع بها من غير غرس]

وسئل : هل يجوز عقد الجزاء[7] في أرض بيضاء، على أن ينتفع بها كذلك من غير غرس ؟.

فأجاب : وأما عقد الجزاء في الأرض البيضاء سنين بغير غرس، فذلك

---

(1) ما بين القوسين سقط من الأصل، والإكمال من أجوبة الفاسي.
(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 22 / 2.
(3) هكذا ورد في السؤال.
(4) في الأجوبة ابن الحاجب.
(5) عقد الجواهر الثمينة، ص 835 / 2.
(6) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 22 / 2.
(7) عقد الجزاء يقع على الأرض الخلاء والحقول، وغلبا يتم على أرض الوقف، وهو حق يشبه حق الإجارتين، ونوع من الحكر، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، تأليف المحقق، نشر كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ص 139 .

جائز، أي ينتفع بها كيف شاء من غير غرس، وصرح بذلك، أو كان العرف انتهى[1].

[إذا ادعى الساكن أنه يسكن بدون كراء، فالقول للمالك مع يمينه]

ومن خط العروي، أثناء أجوبة الشيخ أبي القاسم عظوم، ما نصه : دعوى الساكن أنه بسكن بدون كراء، ودعوى المالك الإسكان بالكراء في دورها، ومن أسكنته ثم سألته الكراء، فادعى إنك أسكنته بغير كراء، فالقول قولك فيما يشبه من الكراء مع يمينك، وأعرف خاتمة عارية المدونة[2] وعارية الشامل، وعارية البرنامج، ونفقة النكاح من البرنامج، انتهى .

[معاوضة كراء دار بنفقة أمة بين زوجين]

ووجدت بخط سيدي محمد بن سيدي عبد القادر الفاسي، ما نصه : شهادة شهيديه (ص 558 ت) تطوعت فلانة لزوجها فلان بالسكنى بدارها الكائنة بكذا، طول زوجيتها من غير شيء يجب لها عليه، في مقابلة تطوعه بنفقة مملوكتها فلانة، عرف قدره، شهد به عليها بحال كمال الإشهاد، وعرفها، وفي كذا، انتهى .

[إذا كانت المعاوضة على مجهول منع ابتداء وفسخ بعد الوقوع]

وأسفل منه بخطه، ما نصه : وجدت مقيد بعد المقيد أعلاه، ما نصه : الحمد لله، سيدي رضي الله عنكم وأرضاكم، جوابكم الشافي عن مسألة الزوجين أعلاه : توفى الزوج وطالبت الزوجة ورثته بالسكنى، لأنها مولى عليها، هل لها ذلك أم لا يثبت لها شيء، لأنها إنما تطوعت لوجه سديد، وهو

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 23 / 2.

(2) لعله يقصد ما جاء في خاتمة كتاب العارية من المدونة : قلت : أرأيت لو أن رجلا ركب دابتي إلى فلسطين، فقلت أكريتها منك وقال : بل أعرتنيها ؟، قال : القول قول صاحب الدابة إلا أن يكون ممن ليس مثله يكري الدواب. المدونة الكبرى، ص 454 / 4.

كون الزوج تطوع لها بالنفقة على مملوكتها، في مقابلة تطوعها له بالسكنى طول زوجيتها، ومعلوم أن النفقة تنيف على سكنى الدار (ص 40 خ) وإن ثبت لها الرجوع بالسكنى، على من يكون الرجوع ؟، ثم إن المملوكة التي وقع عليها تطوع الزوج هلكت، واشترت مملوكة أخرى، ولم يقع على الزوج نفقتها، فهل يكتفي بالإشهاد الأول، أم يسقط تطوعه عن الثانية بموت الأولى ؟، وهل يلزم كراء جميع الدار أو كراء ما سكن فقط ؟، بينوا لنا ذلك مأجورين، والسلام، انتهى.

[جواب الشيخ محمد ميارة في المسألة]

وبعده ما نصه : ووجدت مقيدا بعد هذا بخط شيخنا العالم النحرير الراوية الفهامة، المتقن المحقق، البركة، محمد ميارة، حفظه الله، وأمتعنا والمسلمين بطول حياته، آمين، يا رب العالمين، ما نصه: الحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وسلم على من لا نبي بعده.

الجواب، والله سبحانه الموفق للصواب، إن التطوع بالسكنى في مقابلة التطوع بنفقة الأمة، معاوضة لا شك فيها، ومدة الزوجية مجهولة، ونفقة الأمة كذلك، إذ لا يدري كم تعيش، وكم تبقى أو تباع، وكم نفقتها، لرخص السعر وغلائه، والجهل المدخول عليه، موجب للمنع ابتداء، والفسخ بعد الوقوع إذا كان في أحد العوضين، فما بالك إن كان فيهما معا، كمسألتنا، ولولا المقابلة المحققة للعوضية، لكان كل من المتطوع به من السكنى والنفقة جائزا إن كان على حدته، لأن هبة المجهول جائزة، وتسمية الموثق ذلك بالتطوع، لا أثر له ولا عمل عليه لو لم تذكر المقابلة، وكيف مع التصريح بها في عقد التطوع المستنسخ بالمعنى أعلاه.

والواجب بعد الوقوع والنزول، أن ترجع المرأة في تركة الزوج بكراء دارها، ويرجع الورثة على الزوجة بما أنفق مورثهم على أمتها الأولى والثانية أو لهما معا، ومن فضل له شيء عند الآخر، رجع به عليه، ولا فرق في ذلك بين

كون الزوجة رشيدة أو محجورة، لكون المعاملة فاسدة (ص 559 ت) للجهل، كما ذكروا، والواجب على الزوج من كراء الدار هو ما سكن، فإن سكن جميع الدار، فعليه كراء الدار كلها، وإن كان سكناه وانتفاعه بالبعض فقط، فلا يلزمه إلا كراء (ص 41 خ) ذلك البعض، والله اعلم، وكتبه عبد الله تعالى، محمد بن أحمد ميارة، كان الله له بمنه، آمين، انتهى، انتهى.

[تعليق المؤلف على المسألة]

قلت : وما ذكره في رجوع الورثة بكراء الأمة، ظاهره مطلقا، ولو كانت ممن لها الإخدام ولا خادم لها سواها، فانظر ذلك ؟[1].

(1) يعني سواء كانت الزوجة مما تستحق الإخدام أم لا، فيكون رجوع الورثة في الحالتين، والله اعلم، المحقق.

مسائل كراء الدواب

[مسألة كراء الثور بجزء معلوم من الزرع]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عما كثر وشاع وذاع في [البوادي][1] من كراء الثور بقدر معلوم من الزرع، على أن يحرث به المكتري جميع حرثه من غير تعيين لقدر الحراثة بالأيام أو الشهور، أو بمقدار الزريعة من قمح أو غيره، أو بتعيين الأرض ومعرفة مقدارها ؟[2].

فأجاب : إن كان ذلك معلوما معروفا بضبط الأيام أو الزريعة، فذلك جائز، وإلا لم يجز، إذ الكراء بيع منافع معلومة بعوض معلوم، كما قال القاضي عياض، انتهى[3].

[عرف طرابلس الغرب بكراء الثور بقدر معلوم من الزرع]

يقول جامعه : جواب الشيخ، رحمه الله، بناء على أن قول السائل : بقدر معلوم من الزرع، مراده به أن الزرع من غير الزرع المحروث، أي بأكيال

(1) الزيادة من أجوبة الفاسي، ص 2/ 2.
(2) اختصر المؤلف السؤال من الأصل بما لا يخل بالمعنى.
(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 4 / 2.

معلومة مثلا من شعير أو غيره، حاضرة أو ستحضر، والواقع الشائع في عرف طرابلس أن يعطى الثور مثلا بجزء معلوم، كربع مثلا من الزرع الذي يحرث على الثور، وهذا والله اعلم، مفسوخ على كل حال، ويكون لرب الثور كراء ثوره، والزرع لزارعه، والله اعلم[1].

[مسألة من اكترى دابة إلى موضع ولم يصل إليه كم يسدد من الكراء ؟]

وسئل عمن اكترى دابة إلى موضع، وعجز عن الوصول إليه، أو خاف إن وصل لا يجد مع من يرجع، هل يفسخ الكراء أم لا ؟.

فأجاب: وأما المكري إذا تعذر عليه الوصول إلى المسافة المذكورة فإنه يحاسب بما سار، ويسقط كراء ما بقي من المسافة، انتهى[2].

[لا يضمن الناقل ما ضاع إذا ادعى سرقته أو هلاكه مع يمينه]

وللشيخ أبي القاسم عظوم، جواب تركنا سؤاله لطوله، وعلمه من الجواب، نصه : إذا كان الأمر كما ذكر، فلا ضمان على الجمال في الشدادة[3] المذكورة الضائعة، لأن الكرَّاء مصدق في العرض إذا قال : سرق أو هلك، هذا نص المدونة، لكن لابد من يمينه، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق .

تذييله : [بيان أدلة الفتوى وأسانيدها]

نص المدونة وقع في آواخر [كتاب] رواحلها : وإذا كان الكراي وحده

---

(1) لأن الكراء كان بمجهول فلا يعرف قدر الزرع المتحصل مقابل كراء الثور، قال القاضي عياض : ولو كان الكراء على هذا بسلعة بعينها لم يجز باتفاق، مذاهب الحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ص 252.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 97 / 1.

(3) الشدادة : اسم مشتق من الشد، والمقصود به هنا شيء ضاع من بضاعة المكتري أثناء النقل ولو أن المؤلف نقل السؤال كاملا لعرفنا منه ذلك الشيء.

دون صحبة رب الطعام، فلا يصدق في الطعام والادام، إذا قال سرق مني حمله على نفسه أو على دابة، أو في سفينة، إلا أن تقوم بينة أن ذلك تلف من غير فعله، ويصدق في كل عرض إذا قال : سرق أو هلك، أو قد عثرت الدابة فانكسرت القوارير، إلا أن يستدل على كذبه، انتهى[1] واعرف آواخر الجعل والإجارة من (ص 92 خ) المدونة، في قولها : وحامل الدهن والطعام لا يضمن ما عثر به فأهراق وانكسر، إلخ، انتهى[2]

[لا يجوز كراء الدابة بجزء معين من حملها]

وسئل الشيخ محمد بن ناصر الدرعي، عن كراء الدابة بجزء معين من حملها (ص 560 ت) كالنصف أو غيره، من الأجزاء، سواء قل حملها أو كثر ؟.

فأجاب : لا يجوز للغر بالجهل، إنما يجوز الكراء بشيء معين، أو مضمون مضبوط، مثل كذا دراهم، أو كذا مدا من زرع، ولا يذكر من حملها انتهى[3] .

[تعليق المؤلف على المسألة]

فانظره، فإن ظاهره أنه إذا ذكر من حملها لم يجز مطلقا، وقيده في المختصر بما إذا لم يقبضه حين العقد، وإلا بأن قبض الجزء المشترط، أو اشتراط قبضه، ولو لم يقبضه، فإنه يجوز[4] .

[أجرة دليل الركب هل تكون على الإبل أو السلع أو على أصحابها]

ومن رحلة شيخ بعض شيوخنا، سيدي عبد الله العياشي، عن الشيخ

---

(1) المدونة الكبرى، كتاب كراء الرواحل والدواب، ص 496 / 3.

(2) المدونة الكبرى، كراء الجعل والإجارة، ص 456 / 3.

(3) الأجوبة الناصرية، ص 78.

(4) يراجع شرح الحطاب للمختصر، ص 436 / 5، وبهامشه شرح المواق.

السكتاني[1] ما نصه : جرى البحث في الجامع الأزهر، أيام اشتغاله هناك في هذه المسألة، وهي أجرة دليل الركب، هل تكون على الإبل، أو على أحمال السلع، أو على أصحابها ؟، أو هل تكون على التابع دون المتبوع ؟.

قال : ولم يوجد نص في ذلك، ويمكن استخراج حكم المسألة، وهو من أصل ما ورد في حديث الهجرة من استيجار النبي وأبي بكر لأبي أريقط الديلي[2] وكان مع أبي بكر غلامه عامر بن فهيرة[3] فهل كانت الأجرة على الإبل أو على الرؤوس ؟، وعلى الثاني : هل أعطى أبو بكر عن غلامه أم لا ؟[4].

قال : ولم يتحصل بين المتباحثين إذ ذاك ما يعتمد عليه، ثم إن الشيخ علي الأجهوري أورد هذه المسألة في شرحه للمختصر، وذكر ما جرى فيها من التوجيهات، وصير ذلك كله كأنها أقوال في المذهب، مع أنه لم يوجد فيها نص في المذهب، وكان بندا من جملة ما ينقض عليه في شرحه، وهو جدير بذلك، انتهى.

قلت : ما ذكر من أخذ الحكم من الحديث، يبعده ما علم من حال النبي صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر، رضي الله عنه، من تصرف النبي صلى الله عليه وسلم، في مال أبي بكر كيف شاء من دون مشاحة ولا مماكسة في ذلك حتى يجعل الأجرة على الرؤوس أو على الرواحل، ويحاسب النبي صلى الله

---

(1) في الطبعة الحجرية للرحلة : العلامة أبو بكر السجبتاني المراكشي، ولعله : أبوبكر بن يوسف السكتاني، عالم صوفي مغربي، كان مشهورا بنسكه وتواضعه، رحل إلى الشرق وأقام به، ولقي صاحب الرحلة سنة 1059 هـ، توفى بمراكش سنة 1063 هـ، أعلام المغرب العربي، ص 259 /260 . 1

(2) هو عبد الله بن أريقط الديلي، رجل من بني بكر بن عبد مناف، كان دليلاً بالطرق استأجره رسول الله ﷺ وصاحبه أبو بكر الصديق لديهما على طريق المدينة. جوامع السيرة، لابن حزم، ص 91/ 1.

(3) عامر بن فهيرة التميمي، مولى أبي بكر الصديق، له ذكر في حديث الهجرة، الإصابة، ص 482 /483 . 3

(4) حديث الهجرة رواه الإمام البخاري في صحيحه، ص 256 / 4.

عليه وسلم أبا بكر بما ينوب غلامه عامرا، وكلاهما في الحقيقة غلام وخادم للنبي صلى الله عليه وسلم، وهو بعيد مما علم من مكارم أخلاق النبي صلى الله عليه وسلم[1] .

[جواز كراء الناس لحراسة ركب الحجيج]

ومنها[2] عن أناس اكتروا بعض الحجاج بشاة لكل واحد، فيكون معهم بغنم أمام الركب، لأنها لا تقدر على المشي (ص 43 خ) بالحر، خوفا أن يقتطعهم اللصوص عن الركب، قال : فزعم بعض الناس أن ذلك لا يجوز وأنه ثمن الجاه، وخالفته في ذلك، وقلت : إنما كراؤهم في تقدمهم معهم وحملهم السلاح معهم، خشية أن يقتطعهم أحد قبل وصول الركب، والجاه إنما هو للركب لا لهؤلاء الجماعة، إذ لو لقيهم أحد لم ينفعهم جاه الركب وهم غائبون عنهم، إلا أن يقاتل عنهم من معهم من الرماة[3] (ص 561 ت) .

[يجوز كراء المرابطين للحراسة الخاصة مقابل الأجر]

وقد أفتى الإمام ابن عرفة بعض مرابطي أفريقية، ممن كان يذهب مع القوافل، بجواز أخذ الجعالة منهم، وقال : إن ذلك عوضا عما كان يعطيه من منافعه أيام ذهابه معهم، وأجرة مشيه لا على جاهه، كما نص على ذلك غير واحد من أصحابه، فهؤلاء أجدر بالجواز من ذلك، انتهى[4] .

[تعليق المؤلف على المسألة]

قلت : هذا ظاهر إذا كانت الأيام معلومة.

---

(1) الرحلة العياشية، ص 373 / 2.

(2) أي من الرحلة العياشية.

(3) الرحلة العياشية، ص 112 / 1.

(4) الرحلة العياشية، ص 112 / 1.

كتاب الجعل وما لإكراء السفن

تقدم للشيخ عبد القادر الفاسي في باب الجهاد شيء مما ذكر[1].

[مسألة في استحقاق رب السفينة الكراء إذا عطبت في الطريق]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه : مسألة نزلت بطرابلس، وسئل عنها الفقيه القاضي أبو حفص عمر الشهير بفكرون السوسي[2] القاطن بمصر، بما نصه، بعد الصدر : -

ما قولكم، أبقى الله بمنه بركتكم، وأدام بلطفه عافيتكم، في مسألة هي أن جماعة استأجروا حملا في سفينة، إلى موضع كذا، بأجر معلوم بينهما وسافروا جملة من الطريق، فعطبت السفينة في الأثناء، فاكترى الجماعة المذكورون سفينة ثانية، وأنزلوا حملهم فيها بعد عطب الأولى، كما ذكر فزعم رب السفينة الأولى، أن له من الأجر ممن استأجره بحسب ما سارت سفينته، لانتفاعهم بمسيرها بنقصان المسافة، وزعم المستأجرون [عدم استحقاقه] محتجين أن الأجر في السفن على البلاغ.

فهل حفظكم الله تعالى، وأدام نفعكم، يقضى على المستأجرين بدفع

(1) تنبيه من المؤلف على مسائل لها علاقة بالجعل، يراجع كتاب الجهاد فيما سبق.

(2) لم أعثر له على ترجمة.

الأجرة ما سارت السفينة الأولى للانتفاع، كما ذكر، لأن المسألة كالجعل سواء، كما لا يخفى على شريف علمكم، أم لا يقضى عليهم بشيء كما زعموا؟، أفيدوا الجواب مثابين مأجورين، والسلام عليكم ورحمة الله.

فأجاب : بعد الحمد لله، من المعلوم المقرر، كما في الرسالة وغيرها أن كراء السفينة لا يستحقه ربها إلا بالبلاغ[1]، (ص 44 خ) للموضع الذي وقع فيه الاستيجار على الحمل إليه، حتى ولو غرقت بساحله بعد الإرساء فيه وغرق ما فيها من الوسق، فإنه لا كراء له، قال في المدونة : ومن اكترى سفينة فغرقت في بعض الطريق، وغرق ما فيها من الطعام، فلا كراء لربها، وأرى أن ذلك على البلاغ، انتهى[2].

[عدم استحقاق رب السفينة للأجر إذا لم تصل البضاعة مقيد بقيدين]

قال الشيخ التتائي في شرح الإرشاد : وكلام مالك مقيد بشيئين :-

[القيد] الأول : ألا ينتفع المكتري بحمله، فقد قال ابن القاسم : من اكترى سفينة من إسكندرية للفسطاط[3] فغرقت في الطريق، فاستخرج نصف القمح وحمله في غيرها، أن لرب السفينة الأولى كراء ما خرج من القمح بقدر ما انتفع ببلوغ الموضع الذي غرقت فيه.

ونص عليه في التوضيح أيضا، وقيد به كلام ابن الحاجب، وفي شرح المدونة لابن يونس، ما نصه : قال أصبغ : وإذا عطبت (ص 562 ت) السفينة في بعض الطريق، وسلم ما فيها، فإنه يحاسب بما سار من الطريق، لأنه انتفع بحملانه، ولا يكون عليه أن يحمله كرها في غيرها إذ كانت سفينته بعينها.

وكذلك قال سحنون عن ابن القاسم في العتبية، فيمن اكترى سفينة من

(1) جاء في الرسالة : ولا ضمان على صاحب السفينة ولا كراء له إلا على البلاغ، ص 125.

(2) المدونة الكبرى، ص 500 / 3.

(3) الفسطاط : الاسم القديم للقاهرة.

الإسكندرية إلى الفسطاط، فغرقت في بعض الطريق، فاستخرج نصف القمح فحمل في غيرها، فلرب السفينة الأولى من كراء ما خرج من القمح بقدر ما انتفع به ربه، ببلوغه إلى الموضع الذي غرقت فيه[1].

قال سحنون في موضع آخر: وهي كمسألة مالك في الجعل، في البئر يحفر بعضها ويتركها، ثم يجعل ربها لآخر فيها قيمتها، فليعط الأول بقدر ما انتفع به رب البئر[2] وكذلك يعطى رب المركب بقدر ما انتفع به رب القمح وروى أبو زيد[3] عن ابن القاسم، فيمن تكارى من نوتي إلى الإسكندرية، فلما بلغ المقياس وقفت المركب من قلة الماء، قال: يحاسبه بقدر ما بلغ[4].

القيد الثاني: هو ما أشار إليه الشيخ التتائي بقوله: قيد يحيى بن عمر غرقها بالساحل، في أنه لا كراء لرب السفينة، بما إذا لم يكن من أرباب المتاع تفريط في نقل المتاع وتفريغها، أما لو فرطوا وتراخوا في التفريغ حتى عطبت فإن الكراء يلزمهم، وكذا لو شرعوا في التفريغ، فركبهم (ص 45 خ) الهول ومنعهم عنه حتى غرقت، لكان الكراء على من سلم متاعه، دون من لم يسلم قاله في التوضيح، انتهى.

[وجوب الكراء على أصحاب البضائع التي سلمت بقدر المسافة]

وبما تقرر، علم الجواب عن حكم النازلة المعينة في السؤال، وهو وجوب الكراء لصاحب السفينة التي عطبت في أثناء الطريق، على أولئك الجماعة الذين سلمت بضائعهم المحمولة فيها، بحسب المسافة التي قطعتها السفينة المذكورة، ولا مقال لهم في ذلك، ويكون ما ادعاه ربها من أن له الأجر

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد، ص 498 / 8.

(2) مسألة البئر في كتاب البيان والتحصيل، ص 473 / 8.

(3) أبو زيد عبد الرحمن بن أبي الغمر، المحدث العالم، روى عن ابن القاسم، له كتب مؤلفة توفى سنة 234 هـ، شجرة النور، ص 66/ 1.

(4) البيان والتحصيل، ص 64 / 9.

بحساب ما سارت سفينته، لانتقالهم بمسيرها، وقطعها تلك المسافة، مسموعا مقبولا منه، بحسب الشرع الشريف، انتهى المراد منه، انتهى ما هو بخط الشيخ أحمد المكني.

[شروط تكليف الأجير بالعمل إما أن يكون مضمونا في الذمة أو معينا]

وللشيخ محمد بن ناصر الدرعي، رحمه الله، وإعطاؤك رجلا شيئا على عمل يعمله لك، لا يخلو من وجهين : إما أن يكون العمل مضمونا في ذمته وإما أن يكون معينا في عينه : -

أما الوجه الأول : فيجوز بأحد شرطين : إما أن يشرع الأجير في العمل الآن، وإما أن يتعجل الأجرة.

وأما الوجه الثاني : فيجوز بشرط النقد فيه على أن يعمل الآن، أو قبل عشرة أيام، وإما على أن يتأخر عمله شهرا أو نحوه، فلا يجوز، وأما إن لم يشترط النقد، فيجوز على تعجيل العمل وتأخيره، والله اعلم[1] . (ص 563 ت).

(1) الأجوبة الناصرية، ص 79.

كتاب إحياء الموات

[تنبيه المؤلف على مسائل سابقة لها علاقة بالموضوع]

تقدم للشيخ عبد القادر الفاسي، في الورقة الأولى من [باب] الشركة كلام يتعلق بالإحياء[1].

[نطاق ملكية الأرض التي تم إحياؤها وهي قريبة من الجبل]

وسئل، أعني الشيخ عبد القادر الفاسي، رحمه لله، عمن أحيا بقعة من أرض ميتة في جنب جبل، قريبة من العمران أو بعيدة، هل يختص بما فوقها مسامتا لها إلى قنة الجبل[2] على جري العادة، أم كيف الأمر ؟.

فأجاب : وأما من ملك أرضا في جنب جبل، فيملك ما فوقها من الهواء إلى أعلى ما يمكن، ولا يملك ما يحاذيها من البقاع إلى قنة الجبل، انتهى[3].

[تنبيه المؤلف إلى مسألة سابقة في إحياء الموات]

وتقدم له في باب الشركة : أن من أحيا أرضا ثم عجز عنها، تكون لعامة المسلمين[4].

---

(1) يراجع باب الشركة فيما سبق.

(2) القنة : بالضم : الجبل الصغير، ترتيب القاموس المحيط، ص 705/ 3.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 22 / 2.

(4) يراجع باب الشركة فيما سبق.

[أحكام الأرض الممنوحة من السلاطين إقطاع تمليك أو انتفاع]

وسئل عن أرض صرفها بعض الملوك المتقدمين على رجل منذ سنين كثيرة، وبقيت بيده سنين إلى أن توفى وتركها لأولاده بعده، فبقوا يستغلونها إلى أن ماتوا، وبقيت لأولادهم، ثم أولادهم كذلك، وظهائر الملوك المتقدمين تعذر وجودها لقدم الزمان، ولم يتحقق الصرف، هل هو على وجه التمليك (ص 46 خ) أو الانتفاع ؟، ثم إن بنات من عقب الرجل المصروف عليه، أردن أخذ نصيبهن منها، فهل لهن حق مع الأحفاد المذكورين، أم لا مدخل للبنات مع الذكور في الصرف المذكور، لأنه كالوقف، ولأنه كذلك كان يستغلها أسلافهم قبلهم، الذكور دون الإناث ؟.

فأجاب : إن هذه الأرض المذكورة، إن كان صرفها لمن هي بيده بظهير من الإمام، يقبض خراجها وعشرها، فليس في رقبتها ملك، وإنما فيها الانتفاع فقط، فلا يجوز بيعها ولا قسمتها إلا بإذن الإمام، فيكون إقطاع تمليك، وكلما تعددت الملوك وجب تجديدها لمن هي بيده، ولا ينتفع بها إلا من جددت له ويختص بها من كتبت له، ولا يدخلها غيره [ولا تورث][1] .

وإن كان إقطاع تمليك فيما يصح للإمام فيه الإقطاع، فهو تمليك للرقبة فلمن ملكها أن يهب ويبيع ويتصرف، وتورث عنه[2] فإذا علم هذا، فلا بد من إثبات أن هذا الصرف كان على وجه التمليك أو الانتفاع، لتبنى الأحكام على ذلك، فإن لم تقم بينة على ذلك، فبقاؤها دون قسم ولا ميراث على وجه الاستغلال بيد البعض دون البعض، دون منازع من لدن الأسلاف، حسبما في

---

(1) ما بين القوسين : سقط في (ت)، (خ).

(2) المقصود بالتمليك الأول، ملك انتفاع، والثاني تمليك رقبة، وهذا يوافق النظام القانوني في حق الانتفاع، ولكنه يختلف عنه بتجديد هذا الحق كلما تغيرت سلطة الدولة أو الحاكم، أما في التملك فهو مطابق، يراجع كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، ص 36 / 2. المحقق.

السؤال، ربما كان دليلا لعدم التمليك، إن لم يكن في ذلك تغلب ولا حيف والله اعلم[1].

[مسألة أخرى في أحكام إقطاع التمليك وإقطاع الانتفاع]

وسئل، عن مسألة أيضا، منه هذا المعنى، وهي أن بعض من سلف من الملوك صرف أرضا على بعض الناس، هل تبقى بيده، ولو لم يجدد له الصرف من جاء بعده من الملوك ؟.

فأجاب : أنه إن كان صرف تمليك، فلا يحتاج إلى تجديد، وهي لمن أعطيت له، وتورث بعده، وإن كان صرف انتفاع خاصة، فإنه لا يجوز بيعها ولا قسمتها إلا بإذن الإمام، ولا شفعة فيها، وكلما تعددت الملوك (ص 564 ت) وجب تجديدها لمن هي بيده، ولا ينتفع بها إلا من جددت له، ويختص بها من كتبت له، لا يدخلها غيرهم، ولا تورث، قاله البرزلي، انتهى[2].

[جري الماء في مجاري الجنات إلى أرض أخرى لا ضرر فيه]

وبخط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه : مسألة في الفائق، في باب إحياء الموات، ما نصه : سئل بعض المفتين في عصرنا، عن ثلاث جنات، أولى، ووسطى، وقصوى، ومجرى الماء إلى الوسطى في الجنة الأولى (ص 47 خ) فاشترى رب القصوى مجرى ماء في الجنة الوسطى، وأراد أن يجرى ماءه في مجرى الوسطى من الجنة الأولى، فمنعه ربها ؟.

فأجاب : بأن ذلك لرب القصوى إذا لم تكن على رب الأولى مضرة وهو عندي صواب، لأنه لم يحدث عليه مجرى، وإنما أجرى ماءه في مجرى الوسطى، وجرى الماء في الجنات لا ضرر عليها فيه، بل ينتفع النخل والشجر

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 107 108/ 2.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 144 / 1، والمسألة في فتاوى البرزلي، ص 29 / 3.

القريبة منها، وهو أخف من إحداث [في] أرضك المجرى، انتهى، وذكره آواخر باب الصلح بلفظ المجيب، انتهى.

[شروط إحياء الأرض الموات وحكم من يتعدى عليها بعد الإحياء]

وللفقيه محمد بن مساهل الطرابلسي، جواب عما حاصله : من أحيا أرضا في البرية، بقطع شجرها وحرثها سنين، ثم تعدى عليها من حرثها، نصه بعد افتتاحه : إذا أحياها بما يحيي به الموات من الأرض، ويبقى يحرث فيها، وتكرر ذلك منه، فقد ملكها، وإن تعدى عليها أحد، وحرثها بغير إذنه، وقام عليه إبان الحرث، فالأرض بزرعها لمحييها، وليس للحارث المتعدي زرع ولا زريعة، والله اعلم، انتهى من خطه.

كتاب الوقـــــف

[تنبيه المؤلف على مسائل سابقة لها علاقة بالوقف]

تقدم في الرهن، الكلام على رهن الحبس[1] وفي الإجارة الكلام على الجلسة في الحبس[2] وهي والله اعلم، المعروفة بطرابلس ومصر بالخلو، كل ذلك من جواب الشيخ عبد القادر الفاسي.

[تحبيس دار في مقابلتها أروى لم تذكر في وثيقة الحبس]

وسئل عن دار حبست وفي مقابلتها أروى لباب على جدته، وهو من منافعها، لكون الدار دار أشراف قدر، وليس في الوثيقة نص على تحبيس المنافع، هو لا بد من ذك ذلك، أو ليس بشرط، على أن الأروى أعلاه مشترك مع الدار إذ فوقه غرف ؟.

فأجاب أما الأروى المذكورة، لما كانت منفردة عن الدار خارجة عنها ولم تذكر في الوثيقة، فإنها لا تدخل في التحبيس، ولا يغني عن ذلك كون صاحب الدار ينتفع بها، ولا يستغني عنها لأنها من منافعه وضرورياته، لا من

(1) يراجع كتاب الرهن فيما سبق.

(2) يراجع ما جاء في الجلسة وأحكامها فيما سبق.

منافع الدار المضافة إليها التي لا تنفك عنها حتى تندرج فيها[1].

[المعاوضة في الحبس الخرب أو الذي لا يستفاد منه]

وسئل بما نصه : لنا حظ في دار حبس، وأشترى رجل شريف حاكم جميع الدار، وذلك قبل ظهور رسم الحبس، فلما انبرم البيع (ص 47 خ) ظهر رسم الحبس، وذلك قبل دفعه الدراهم، فسكن بها وأعطى للبائع قيمة غير الحبس، وقوم بنفسه حظ الحبس، وأبقى ثمنه عنده متفقا يطلب من المعاوضة فيه، ونحن نتربص بذلك إلى أن يظهر من يحكم بين الناس بالحق، ولا يخشى سطوته إن طلبنا حقنا منه، وهو لا يزداد في جوره وتعديه إلا علوا، ولم ننتفع بذلك سنين، فهل للمعاوضة (ص 565 ت) في الحبس وجه شرعي ؟، وإن لم يكن وجه، فهل يعتمد على ما ذكر في مسألة معاوضة الربع الخرب بربع غير خرب ؟ .

وأنه حيث لم يحصل بهذا الحبس انتفاع المحبس عليهم يعد كأنه خرب حيث ملكه من لا يمكن منه أخذ الحق، ولا من أولاه بعده، فكان كالخرب لا يرجى الانتفاع به، ولقد استشار ناظر أوقاف المسجد القاضي، في دار حبستها امرأة على المسجد في المعاوضة فيها بحوانيت القيسارية، فأذن له في ذلك وقال : إن الحوانيت لا تحتاج إلى إصلاح من بناء وغيره، وكراؤها أكثر من كراء الدار، فتراعى هذه المصلحة لانتفاع المسجد بذلك، ولأن الدار إذا ولى أحد من ولاة الأمر لا يسكن فيها[2] وأن المصلحة في المعاوضة، فوقعت بها المعوضة، [وإن لم يجز هذا الوجه أيضا، فهل يساعد في العوض ويكتب عليه الاسترعاء، وأنه حيثما وجدا مكن نقض هذه المعاوضة، فعل ذلك، أو لا يجوز شيء من هذا ؟] انتهى بإسقاط[3] .

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 20 / 1.

(2) في أجوبة الفاسي : وأن الدار إذا ورد والي من ولاة الأمر لا يسكن إلا بها، ص 39 / 1.

(3) ما بين القوسين هو ما أسقطه المؤلف كما أشار، وأضفته للفائدة.

فأجاب: إن الحبس الخرب لا يخفاكم ما فيه من الخلاف، كما في الرسالة والمختصر[1] وأما إذا انقطعت منفعته وتعطل كمسألتكم، ففي ابن سلمون: -

[أرض محبسة لا يستفاد منها لا بأس بمعاوضتها بغيرها]

سئل ابن رشد في قطعة أرض محبسة على رجل، وهي متصلة بباب ضيعة لرجل آخر، وهي لا تنفك في الغالب من أذى أهل الدار، ولا حيلة في كف الأذى عنها، ويذهب صاحب الحبس إلى أن يعاوضه صاحب الضيعة بمكان غيره، بسبب هذا الأذى ؟.

فقال: إذا كانت هذه القطعة قد انقطعت المنفعة منها جملة بما ذكرت فلم يقدر على اعتمارها، وبقيت معطلة لا فائدة منها، لعدم القدرة على دفع هذا الضرر، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان غيره، يكون حبسا مكانها، على ما قاله جماعة من العلماء، في الربع المحبس إذا خرب، ويكون (ص 49 خ) ذلك بحكم من القاضي، بعد أن يثبت عنده السبب المبيح للمعاوضة، والغبطة للحبس، انتهى[2]، فقد نزل عدم منفعته بمنزلة خرابه، وأباح فيه المعاوضة لذلك.

[بعض آراء العلماء في بيع الحبس]

وفيه، أي ابن سلمون، في كتاب الاستغناء، في الموضع الصغير الذي لا يحرث وحده، ولا ينتفع به، فإنهم يرون بيعه وإدخال ثمنه في غيره، قال: وهو الصواب، وجرى العمل عندنا ببيع ما لا نفع فيه منها، وهي في الواضحة.

ومن جواب لأبي عمران العبدوسي: بيع الحبس عند العلماء على ثلاثة

(1) ما جاء في الرسالة: ولا يباع الحبس وإن خرب، ص 135، وفي المختصر: لا عقار وإن خرب، ونقض ولو بغير خرب، ص 252.

(2) مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 949 / 2.

أوجه: واجب، وممنوع، ومختلف فيه، ثم قال: الوجه الثالث: ما ليس فيه منفعة في الحال، وترجى منفعته في المآل، فهذا مختلف في بيعه، فمن العلماء من أجاز بيعه نظرا إلى قصد المحبس، وقصد المحبس الانتفاع به، فإذا عدم الانتفاع بيع وعوض به ما فيه منتفع، ومن العلماء من منع بيعه محافظة أن لا يغير الحبس.

[جواز بيع الحبس إن لم تكن فيه منفعة أو كانت يسيرة]

وقد وقع للقاضي أبي الوليد بن رشد في أجوبته ما ظاهره: (ص 566 ت) أن الحبس يجوز بيعه وإن كانت فيه منفعة، إذا كانت يسيرة، قال في بقعة محبسة لها جيران يضرون بها حتى لا تكون فيها منفعتها المقصودة بها، مع أن البقعة المذكورة يمكن الانتفاع بها، بأن يجعل فيها بيت يسكن، أو حانوت تكترى، ويقطع ضرر الجيران، انتهى[1].

[معوضة عقارات الحبس للضرورة]

وسئل ابن عرفة، عن غرفة محبسة على جامع بإزائه، تتداولها أيد الساكنين من غاصب وغيره، طلب بعض الناس معاوضتها بحانوت أو بشيء فيه منفعة، أغبط في الثمن والسكنى؟.

فأجاب: لا تعوض وتبقى حبسا على أهلها، وأجاب اللخمي على نحو هذا، إذا تقدم الغصب للغرفة، وتعذرت منفعتها، ويخشى من عودة الغصب فيها، وكان يدخل على من له هناك شركة مضرة، عوض بها على صفة يرى أنه لا بخس فيها على المسجد، وإن كان لا يخشى مثل ذلك، وكان الخوف نادرا فلا يعوض للحبس، ويبقى على حاله، انتهى.

[معاوضة الحبس الخرب أو ليس له فائدة أفضل من بيعه]

وسئل أبو سعيد بن لب، عن من حبس دارا وجنة على مسجد، والدار

(1) مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 949 / 2.

يخاف عليها السقوط، والجنة (ص 50 خ) لا تفي فائدتها بمصرفها، فأبى ناظر الحبس من قبول ذلك، فهل يسوغ تعويضها بما هو أنفع مما يكون له فائدة ؟.

فأجاب : إذا ثبت عند القاضي أن الحبس المذكور قد عدمت فائدته وتعذرت منفعته، وأن بيعه وتعويض غيره منه، من النظر والمصلحة، فيباع بأمر القاضي، وتسويغه على القول بجوازه، ويكون بيعه بالسداد، ويشترى بثمنه ما يصلح للحبس، ويحبس عوضا عن المبيع، وإن عقدت فيه معاوضة بما يكون حبسا، فهو أولى من بيعه، انتهى(1) انتهى(2).

[مسألة في الحبس المعقب وتفسير المقصود من ألفاظه]

وسئل(3) عن رسم حبس، ولفظ وثيقته : حبس أبو محمد عبد الله بن مالك، على ولديه الطالب أحمد وشقيقه أبي القاسم، جميع كذا وكذا، سوية بين ولديه المذكورين، وعلى أعقابهما وأعقاب أعقابهما، ما تناسلوا وامتدت فروعهم، لا تدخل طبقة مع الأخرى، ولا يدخل في ذلك الإناث، فإذا انقرض فريق من غير عقب، رجع نصيبه للفريق الثاني، فإذا انقرض عقبهم بأجمعهم رجع الحبس المذكور على أقرب الناس نسبا من المحبس المذكور، ذكرا كان أو أنثى، فإذا لم يوجد له قريب حينئذ، رجع الحبس لمسجد كذا [فتأمله، فقد أشكل علي فهم أربع مسائل فيه](4) :

[المسألة] الأولى : هل مرجع الإشارة في قوله : ولا يدخل في ذلك الإناث مع مصدوق قوله : لا تدخل طبقة مع أخرى، هل ينطبقان على سائر الجمل من قوله : وأعقابهما وأعقاب أعقابهما، وما عطف عليه أم لا ؟ .

[المسألة] الثانية : هل هذا الحبس المذكور، حبس على معينين، نظرا

---

(1) المسألة في المعيار المعرب، ص 94 / 7.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 44 45/ 1.

(3) السؤال موجه للشيخ عبد القادر الفاسي.

(4) ما بين القوسين سقط في (ت)، (خ).

إلى الطالب أحمد وأبي القاسم، المحبس عليهما، أم لا ؟، وعليه فيصح ولو بشاهد واحد، أو على غير معينين، نظرا إلى ما بعدهما، وعليه يصح بشاهد واحد، وعليه يحلف معه إذا طلب ذلك أم لا يصح بشاهد واحد، ولا يجوز فيه اليمين معه ؟.

[المسألة] الثالثة : ما المراد بالفريق في قوله : فإن انقرض من غير عقب رجع نصيبه للفريق الثاني ؟، هل ما تناسل من الطالب أحمد، وما تناسل من أبي القاسم، ولا يدخل فريق أحد مع فريق الآخر وإن سفلوا ؟، أم المراد به أن كل واحد من العقب فريق أيا كان ؟.

[المسألة] الرابعة : وإذا تعدى بعض من انتقل إليه الحبس من العقب ورهنه، ومات وانتقل الحبس المرهون (ص 51 خ) لغيره، ولم يترك شيئاً أصلا، وأدعى المرتهن أنه لا علم له بالحبس، أمصيبة نزلت به في ماله أم لا ؟ .

[الجواب عن المسألة الأولى]

فأجاب : أما المسألة الأولى : وهي قوله : ولا يدخل في ذلك الإناث وقوله : ولا تدخل طبقة مع أخرى، هاتان الجملتان هل ترجعان لجميع ما تقدم من قوله : وأعقابهما وما عطف عليه، فتكونان قيدا في ذلك ؟، فجوابها : نعم، ترجعان لجميع ما ذكر على ما هو الظاهر المقرر في الأصول، من أن الاستثناءات والقيود بعد جمل ترجع للكل إن لم تقم قرينة على التخصيص بشيء من ذلك، وإن كانت القيود بعد مفردات، فعودها إلى الكل أظهر.

[الجواب على المسألة الثانية]

وأما المسألة الثانية، وهي : هل هذا الحبس المذكور على معينين... إلخ، ؟، فالجواب : إن هذا من الحبس المعقب، وهو هنا على محصورين غير معينين، فهو من صور قوله في المختصر، حيث لم يوجد إلا شاهد، وإن تعذر

بيمين بعض، كشاهد بوقف على بنيه وعقبه، أو على الفقراء حلف[1] أي المشهود عليه في الصورتين، وإلا فإن نكل المشهد عليه، فحبس لشهادة الشاهد والنكول.

[الجواب عن المسألة الثالثة]

وأما المسألة الثالثة، وهي قوله : فإن انقرض فريق من غير عقب... إلخ ما المراد بالفريق ؟، فالجواب : إن المتبادر حسبما هو المعتاد المعهود في أمثال تلك العبارة، إنما هو الوجه الأول، وهو أن أولاد الطالب أحمد فريق وأولاد أبي القاسم فريق آخر، لا كل واحد من العقب فريق.

[الجواب عن المسألة الرابعة]

وأما المسألة الرابعة، وهي تعدي بعض العقب المحبس عليه في رهن هذا الحبس ثم مات، وانتقل الحبس لغيره، ولم يترك شيئا ؟، فالجواب : إن الحبس يرجع إلى مستحقه، ويتبع رب الدين مال الميت، وإن لم يترك شيئا فلا شيء له.

[إذا بيع الحبس وأعيد بعد ذلك فلمن تكون الغلة]

قال ابن سلمون : وإذا تعدى المحبس عليه على الحبس فباعه، فإنه يؤخذ من يد المبتاع، وعلى البائع الأدب في ذلك إن كان عالما بأنه حبس وهل يرجع على المبتاع بالغلة والكراء ؟، في ذلك اختلاف، قال في كتاب الاستغناء : يرجع عليه بذلك (ص 52 خ) في قول ابن القاسم، علم المشتري أنه حبس أو لم يعلم، لأن الخراج بالضمان، ولا يرجع على قول أشهب ودليل المدونة أنه يغرم، ودليل رواية عيسى لا يغرم.

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 218.

[لا يتحمل مشتري الحبس الغلة والكراء إلا إذا علم أنه حبس]

قال ابن رشد : الغلة والكراء للمبتاع ولا يرجع عليه بشيء من ذلك إذا لم يعلم بالحبس، على ما اختاره الشيوخ وتقلدوه من الاختلاف في ذلك، وبعد أن يحلف إنه لم يعلم به، وأما إن علم به، فإنه يؤخذ بذلك باتفاق.

[إذا كان المحبس عليه هو البائع فالغلة للمشتري وليس عليه كراء]

وقال ابن سهل في أحكامه : إن كان المحبس عليه هو البائع (ص 568 ت) وكان والده أمره، فينبغي أن لا يؤخذ المبتاع بشيء من الغلة، وإن علم حين ابتياعه أنه حبس، وقد نزلت بقرطبة، فأفتيت بذلك، وخالفني في ذلك غيري، وهو خطأ، فإن كان قبض الثمن ورده، وإن كان قد استنفذه، ولم يجد من أين يأخذه، فإنه يأخذ ذلك من غلة الحبس حياة المحبس عليه، حتى يستوفي الثمن، فإن مات قبل أن يستوفيه رجع الحبس إلى مرجعه، ولم يكن له شيء، انتهى.

[كيف يسترد المشتري الثمن إذا أبطل بيع الحبس ولم يجد البائع]

وفي اختصار المتيطية لابن هارون : وإن كان بائع الحبس هو المحبس عليه، ولم يجد له المبتاع ما يستوفي منه ثمنه، فللمبتاع استغلال الحبس حياة المحبس عليه حتى يستوفي ثمنه، ثم يرجع إلى البائع، فإن مات البائع قبل أن يستوفي ثمنه، لم يكن للمبتاع في الغلة شيء، وهي لأهل المرجع، ويتبع هو ذمة البائع، ويعاقب البائع إن باعه عالما بالتحبيس بالأدب والسجن إن لم يكن له عذر، انتهى، والله تعالى اعلم[(1)].

[مسألة حبس على الذكور فانقرضوا وبقي بنتان لولد ولده وبنو عم للمحبس]

وسئل : إذا حبس الرجل ملكا على ذكور أولاده، فانقرض عقبه، ولم

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 17 2/19.

يبق إلا بنتان لولد ولد ولده، وبقي بنو عم المحبس نحو الستة رجال، وقد نقل المواق أنه يقسم بين الرجال، فنحن نريد تبيين كيفية القسمة، فهل تعد كل بنت برجل ؟، وقد تقدم أن العصبة ستة والبنتان، هل كل واحدة تحسب كأنها رجل، فتصح مسألتهم من ثمانية، لكل بنت ثمن ككل رجل من الستة، أو ذلك موكل (ص 53 خ) للاجتهاد بحسب الحاجة ؟، وكيف إذا كانت العصبة أحوج من البنات ؟[1].

[مسألة العقب إذا انقرض ولم يبق إلا بنت ولد وبنتان لأخيها]

وكذلك أيضا من هذا المعنى، مسألة أخرى، وهي أن العقب انقرض ولم يبق إلا بنت ولد المحبس، وبنتان لأخيها، فهل تأخذ بنت ولد المحبس النصف، والنصف الآخر يكون لبنتي أخيها، إذ هي أقرب إلى المحبس، وهي مثلهما في الفقر والغنى، أو يقسم ذلك على قدر رؤوسهن أثلاثا ؟، أو تأخذ هي الجميع لقربها وفاقتها، ولأن المحبس إذا انقرض عقبه من الذكورة، ولم يبق إلا بنت واحدة، فإنها تأخذ جميع ذلك، كما صرح به في التوضيح ؟.

[يقدم البنات من نسل المحبس على العصبة أولاد العم]

فأجاب : أما البنتان الباقيتان من نسل المحبس، بعد انقراض عقبه مع الستة رجال من بني عمه، فالحكم في قسمة الحبس عند انقراض العقب أن ينظر للحبس، فإن كان فيه سعة، قسم على البنتين والعصبة على السواء، وإن ضاق قدم البنات، ففي المختصر : فإن ضاق، أي المرجع، على العصبة والبنات قدم البنات، أي عليهم، قال التتائي : وإن لم يضق، وكان فيه سعة قسم بينهم، قاله ابن القاسم، وفي التوضيح قال ابن القاسم : إن كانت بنات وعصبة فهو بينهم إن كان فيه سعة، وإلا فالبنات أحق به (ص 569 ت).

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 24 / 2، وفيها السؤال فقط.

[يكون قسمة غلة الحبس بالمساواة للذكر مثل الأنثى]

وأما كيفية القسم، فإنما يكون بالمساواة، الذكر والأنثى سواء، ففي سماع ابن القاسم : ولا يدخل الأبعد مع الأقرب من الرجال والنساء، إلا فيما فضل عنه أو عنها، وإذا كان النساء والرجال

في درجة واحدة، فهم فيه شركاء سواء، الذكر مثل حظ الأنثى[1] قال التتائي : ولو شرط في وقفه أن للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم وجد في المرجع ذكر وأنثى، أخذت الأنثى مثل الذكر، قال مالك في الموازية : لأن المرجع ليس فيه شرط، ومثله في التوضيح أيضا، وزاد : وإن لم يكن له يوم يرجع إلا بنت واحدة، أخذت جميعه.

[إن تأبد الحبس وانقطع العقب رجع إلى عصبة المحبس الأقرب فالأقرب]

وأما مسألة البنت الباقية مع ابنتي أخيها، فقد علم حكم ذلك من سماع ابن القاسم، أنه لا يدخل الأبعد مع الأقرب (ص 54 خ) إلا فيما فضل عنه أو عنها... إلخ، وأما اعتبار الفقر والغنى، فقد قال ابن الحاجب : وإن تأبد، أي الحبس، رجع إلى عصبة المحبس من الفقراء، ثم على عصبتهم، قال في التوضيح : أي من الفقراء، ولو قال المصنف : ثم على عصبته الأقرب فالأقرب، لكان أقرب إلى الفهم، وفي المختصر : ورجع إن انقطع لأقرب فقراء المحبس، وامرأة لو رجلت عصب[2].

قال التتائي : أي للأقرب يوم المرجع على المشهور، ولا يشاركهم أغنياؤهم، ولو أخذ فقراؤهم منه ما صاروا به أغنياء، وفضل شيء فلهم، وقيل لغيرهم من الأغنياء، وفي الشامل : وعلى التأبيد يرجع حبسا على عصبته

---

(1) ما ورد في البيان والتحصيل، قال ابن القاسم : قال مالك في الذي يحبس الحبس على ولده الذكر والأنثى فيه سواء، وليس للذكر مثل حظ الانثيين، إلا أن يشترط ذلك في حبسه، ص 260 / 13.

(2) مختصر الشيخ خليل، ص 252.

يومئذ، الأقرب فالأقرب من الفقراء لا الأغنياء على المشهور، وثالثها : يدخل في السكنى فقط، ولو أخذ الفقير كفايته وبقي شيء، فهل يرد إليه أو يدفع للأبعد ؟، قولان، انتهى[1].

[مسالة حبس على أربع بنات واستحقاق أبنائهن وبناتهن في الحبس المعقب]

وسئل عن رجل حبس أملاكا على أربع بنات له، وعلى من يتزايد له وقال في لفظ الوثيقة : على أربع بناته، وعلى من يتزايد له طول عمره، ذكرا كان أو أنثى، على الاستواء بين من ذكر، وعلى أعقابهم وأعقاب أعقابهم الذكور والإناث ما تناسلوا وامتدت فروعهم، ومن مات من أهل كل طبقة يرجع واجبه لعقبه كما ذكر، ثم كذلك من مات من غير عقب، يرجع واجبه لمن بقي من عقب غيره، فإذا انقرض عقب من ذكر، يرجع ما ذكر حبسا على أسارى المسلمين، انتهى لفظها.

ثم إن بنتين من البنات الأربع، المحبس عليهن توفيتا عن غير عقب والبنت الثالثة توفيت عن ولد ذكر وأنثى، وتوفيت الأنثى عن أولاد ثلاثة، ذكر وأنثيين، وتوفى الولد الذكر الأخير وإحدى الأنثيين عن غير عقب، وتوفيت البنت أختها عن ولدين ذكر وأنثى، وتوفى الولد الذكر، ابن البنت الثالثة، وهي بنت المحبس عن ولدين ذكرين، وهما موجودان الآن، والبنت الرابعة من بنات المحبس توفيت عن أربع بنات، ثنتين منهما توفيتا عن (ص 55 خ) غير عقب والبنتان الباقيتان، توفيت كل واحدة عن بنت، إحدى البنتين هي موجودة الآن وإحداهما توفيت عن أولاد ذكور وإناث.

فهل يدخل سيدي، أولاد بنت بنت المحبس التي هي في الطبقة الثالثة (ص 570 ت) من المحبس عليه مع أولاد ولد بنت المحبس في العقب أم لا ؟، وعلى أنهم داخلون في العقب، فإنه لم يكرر العقب في الوثيقة إلا مرتين،

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 25 2/26.

لقوله : وأعقابهم وأعقاب أعقابهم، الذكور والإناث، فالعقب في المرتبة الثالثة نازلون عن أولاد ولد البنت الأخرى بدرجة، أو لا عبرة باقتصار لفظ الوثيقة على مرتبتين في العقب ويشملهم ضمير تناسلوا، أو من عموم امتدت فروعهم ؟، بين لنا سيدي ولكم الأجر والسلام .

فأجاب : إنه يدخل في الحبس من البنات، بنات المحبس لصلبه لقوله : على بناته الأربع ومن يتزايد له، ويدخل بنات البنات، وهن أحفاد المحبس أهل الطبقة الثانية، لقوله : وعلى أعقابهم، ويدخل أيضا بنات البنات وهن أحفاد بنات الصلب، لقوله : وأعقاب أعقابهم، ثم يدخل أيضا أولاد بنات بنات البنات، لقوله : ومن مات من أهل كل طبقة، يرجع واجبه لعقبه، كما ذكر، ثم كذلك لأن ولد كل بنت عقب لها.

[ولد بنات الابن يدخلون في لفظ العقب إلى آخر طبقة انتهى إليها المحبس]

وفي المعيار من جواب لسيدي عيسى بن علال[1] أن ولد بنات الابن المحبس عليه، يدخلون في الحبس المذكور مع ولد ولده الذكور، لأنهم من عقب عقبه، على ما جري به العمل من أن ولد البنات، يدخلون في لفظ العقب إلى آخر طبقة انتهى إليها المحبس بذكر العقب، انتهى[2] .

والمحبس ها هنا لم يقف عند طبقة معينة، بل أتى بلفظ دال على العموم، وهو كل، فقال : إن أهل كل طبقة يرجع واجبه لعقبه، كما ذكر، ثم كذلك... إلخ، والله اعلم[3] .

---

(1) أبو مهدي عيسى بن علال المصمودي، شيخ الجماعة بفاس وقاضيها، له تعليق على مختصر ابن عرفة، توفى سنة 823 هـ، شجرة النور، ص 251 / 1، ألف سنة من الوفيات، ص 139.

(2) المعيار، ص 51 / 7.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 179 180/ 2.

[من أحاط الدين بماله وأراد الحاكم نزع أمواله وفيها وقف]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عن مسائل منها : رجل أحاط الدين بماله فغاب، وقام أرباب الديون، وأراد الحاكم أن ينزع من يد وارثه متخلفه فيباع الأصل ويستغل الحبس، وتقع المحاصة في الجميع، فادعى ورثته، وهم شركاؤه أيضا في الحبس لكونه معقبا أنهم أحق به لاحتياجهم، والمعقب يؤثر فيه أهل الحاجة، وهم أشد (ص 56 خ) احتياجا منه لتحققه، إذ ليس لهم غير الحبس، وجهل حاله في مغيبه ولقدرته على التكسب، وعدم قدرتهم على ذلك ؟.

فأجاب : أنه لا مرية أنه من أهل الحاجة، وكيف وقد أحاطت الديون به ؟، وحكم عليه بالفلس، والحيلولة بينه وبين ما يملك، وجميع ما يملك مما هو منسوب له، ونزوحه عن البلاد، إنما هو كان لاستغراق الدين ما بيده، ولم يتحقق إلى الآن خلاف ذلك، فهو من الغارمين الذي تحل لهم الصدقة، وأما أيهما أحوج، هل هو أو من خلف من عياله الشركاء في الحبس حتى يؤثر بغلته، فتمييز ذلك والنظر فيه موكول إلى اجتهاد المتولي.

[إذا اختلفت حاجة المستحقين للوقف فالتوزيع باجتهاد الناظر]

قال أبو زكريا يحيى بن محمد الحطاب[1] في تأليف له في مسائل الوقف[2] لو اختلفوا في الفقر والغنى والقرب، فيقال : إن الأحقية إنما هي باجتهاد الناظر والمتولي على الوقف، وليست بالسبقية والمبادرة بالسكنى، فإن

---

(1) أبو زكريا يحيى بن محمد الحطاب الرعيني الطرابلسي المكي، المعروف بالحطاب، ولد في الحجاز، وأخذ العلم عن والده وغيره من علماء مكة، وله مؤلفات، توفى سنة 995 هـ له ترجمة في العديد من المصادر، منها المنهل العذب في تاريخ طرابلس الغرب، ص 190، ونيل الابتهاج، ص 221.

(2) اسم الكتاب شرح ألفاظ الواقفين والقسمة على المستحقين، وقد وفقني الله فقمت بتحقيقه سنة 1995 ف ونشرته كلية الدعوة الإسلامية بطرابلس.

بدر أحدهم وسكن[1] فقال في النوادر : ومن المجموعة، قال ابن كنانة : فيمن حبس على قومه وعشيرته (ص 571 ت) دارا سكنها من احتاج منهم إليها، فبدر جماعة منهم، فليس ذلك بالبدار، ولكن ينظر الإمام أحوجهم إليها، وأقربهم قربا من الميت من أهله بلده، فإذا سكن فيها من رآه وأقام فيها هو وعقبه، ثم إنه صار مليا، وجاء من هو أحوج منه لم يخرج له هو ولا ولده حتى ينقرضوا فيأتنف الإمام الاجتهاد فيمن يسكن موضعه، انتهى.

وقال في كتاب ابن المواز، قال مالك : وإن تنازعوا في السكنى فأحقهم أحوجهم، فيعطى ما يكفيه مع عياله، غير مضر بغيره، محمد، يريد ممن هو مثله، فمن سكن على هذا، فلا يخرج منه، قال مالك : إلا أن يقل عياله حتى يفضل عنه، وقال في موضع آخر، قال مالك : وإن تنازعوا في مسكن خال، فأولاهم به أحوجهم إليه في السكنى، وأما الغلة، فيؤثر ذو الحاجة والعيال بقدر رأي من يلي ذلك، انتهى[2].

فإذا حكم بمساواة غيره في الحاجة أو بإيثاره عليه، فلا بد وأن يترك من نصيبه لعياله قدر ما يترك للمفلس بحسب الاجتهاد من كل ما يتحصل من الغلة للقسم، والله اعلم[3]، (ص 57 خ).

[الحالات التي تسقط بها نفقة الولد عن والده]

ومنها : أنه إذا فرض عدم إيثار ورثته الشركاء له في الحبس بغلته، فهل لهم محاصة مع الغرماء بما ترتب في ذمته من الغلات الواجبة لهم، لكونه استبد

---

(1) تعليق للمؤلف في نسخة (ت) : قوله : فإن بدر.. إلخ، الذي يظهر أن معنى بدر يعني من غير نظر حاكم بأن تسور وسكن، وليس فيما نقله جواب عن هذه، فلينظر حكمه، والذي يظهر من سكوتهم عنه أنه لا فرق، وأنه لا يخرج مطلقا، انتهى من خط مؤلفه رحمه الله.

(2) شرح ألفاظ الواقفين والقسمة على المستحقين، ليحيى الحطاب، ص 284 285.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 51 52/ 1.

بذلك عنهم، ولم ينالوا شيئا منها، ويعارضهم أصحاب الديون بأنه كان ينفق عليهم ؟، وجوابها أن نفقة الولد تسقط عن الوالد شرعا بأمور خمسة : يسر الولد أو موته، أو بلوغه عاقلا صحيحا، أو عسر والده أو موته، فإذا سقطت النفقة عن الأب بيسر الولد، كانت نفقته عليه غير واجبة، بحيث كان للولد مال وصار في ذمة الوالد، ولم يشهد به الولد، ولا كتب له به ذكر حق، فهو محمول على عدم التبرع وإرادة المحاسبة، يبقى النظر فيه لو حضر الأب وقال : إنما أنفقت تبرعا، وذلك بعد قيام الغرماء عليه وتفليسه، هل يقبل قوله أم لا ؟، لأنه توليج[1] ومحاباة، وأشبه إقرار لمن يتهم عليه، وفي المواق عن ابن يونس، قال : ابن (...)[2] إذا قرب تفليسه وخاف قيام الغرماء، فأقر لمن يتهم عليه، فإني أبطل إقراره، وأراه توليجا، وأما إقراره للأجنبي فجائز انتهى[3].

[مسألة من ينفق على يتيم تبرعا ولما مات نازعه ورثته بأن المنفق كان مدينا له]

يقول جامعه : لم ينظر الشيخ رحمه الله في قوله : إنما أنفقت تبرعا إلا إلى كونه توليجا ومحاباة، ولم يراع كونه تبرعا من مدين لمدينه، فله الرجوع فيه، ومنه يفهم جواب مسألة كنت متوقفا فيها، وهي أن مدينا ليتيم أشهد أنه إنما ينفق على اليتيم تبرعا، ثم لما مات نازع ورثته، وقالوا : إنما تبرع لأجل ماله قبله من الدين، فلا يجوز لليتيم لأن له من دينه، فظاهر جواب الشيخ وعلم أن كلام الورثة لا يعتبر، فحقق ذلك، فإنه ؟، انتهى[4].

---

(1) توليج : يعني أن التصرف كان صوريا.

(2) في (ت) ابن ميسر، وفي (خ) ابن فيمير، والاسم غير واضح في الحالتين.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 52/ 1.

(4) هذه المسألة لم ترد في (ت) وإنما هي حاشية في (خ) قال كاتبها : من خط مؤلفه -رحمه الله- على الأصل، وبه تقطيع، انتهى.

[إذا صح الرجوع على مستغل الحبس يتبع به في ملأه وعدمه ويكون دينا في ذمته]

ومنها : إذا صح الرجوع على الشريك في الحبس، هل يصح ذلك باستغلال نصيبه من الحبس قدر ما استغل من نصيبهم أم لا يسوغ ذلك، كما أجاب به الإمام القوري، فإنه قال : يتبع في ذمته، وأما استغلال شريكه قدر ما استغل صاحبه من الحبس، فإنه داع لوجود الربا وغيره، إلا أني لم أفهم ذلك فبينوه لي ؟.

وجوابها أنه إذا حكم بالرجوع على مستغل الحبس دون شريكه، فإنما يرجع بما استغل منه عليه، ويتبع به في ملائه وعدمه، وتقع المحاصة به مع الغرماء، لأنه دين ترتب في ذمته، فهو كسائر الديون، وأما مطالبته على استغلال نصيبه من الحبس، فلا تجوز، قال القوري : فإن حكمنا بالرجوع بالغلة، فالمرجوع به إما مكيلة في معلوم المكيلة، أو القيمة فيما جهلت مكيلته، أو إجارة المثل فيما هو مستأجر، وأما الرجوع (ص 572 ت) في عين الأشياء المحبسة لينتفع بها المستحق، وقدر المدة التي انتفع بها واضع اليد لتساويهم حاجة وعددا، فذلك لا سبيل إليه، بل لو اتفقوا على ذلك لم يجز لما فيه من وجوه الربا وغيره من الموانع، انتهى، (ص 58 خ) .

[وجوه الربا التي قد تدخل في علاقات المستحقين للغلة]

وأما ما أشار به إلى وجه المنع من الربا، فإنه إذا كان الدين مكيلة كان فيه - إذا كانت الغلة المرجوع فيها ثمرة أيضا - بيع الطعام بالطعام إلى أجل والمزابنة، وهي بيع المعلوم بالمجهول، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، أو فسخ الدين بالدين، وإذا كان الدين عينا، فإن كان من قيمة طعام، كان فيه اقتضاء الطعام من ثمن الطعام مع الدين بالدين، وإن كان المأخوذ المرجوع فيه إجارة أو كراء، كان فيه الدين بالدين، بناء على أن قبض الأوائل ليس كقبض

الآواخر، وكل ذلك معلوم من نص المختصر وغيره، والله اعلم[1].

[الإيثار في الحبس لبعض المستحقين هل هو لازم للمتولي أو على سبيل الندب]

ومنها: أن الإيثار المذكور في الحبس، هل هو أمر لازم للحاكم والمتولي أو على سبيل الندب؟ وما يظهر من قول المختصر: فضل المتولي ومن قول الرسالة: ويؤثر في الحبس بالتعبير بالفعل، وهو محتمل، وقد ذكر لي أن الفعل في عبارة المختصر للوجوب، إلا إن كانت قرينة على غيره اذكروا لنا المعول عليه من ذلك هنا؟.

وجوابها: إن الفعل من حيث هو غير الأمر، إنما يدل على وقوع الحدث في الزمان المدلول عليه بالصيغة، وأما كونه واجبا أو مندوبا، فأمر آخر لا إشعار له به من حيث ذاته، وإنما يستفاد ذلك من الأمور الخارجية، ويقع التعبير به في كلام المصنفين كثيرا، وينصرف في كل محل إلى ما يليق به، وليس المراد بالفعل الواقع قيدا، كالصفة ونحوها، وإنما المراد الواقع محمولا في القضايا الخبرية، ثم نقول: الفعل المذكور يقع في كلام المختصر على وجوه منها: أن يكون دالا على كيفية نسبة القضية في نفس الأمر، وهو الذي يعبر عنه في المنطق بجهة القضية، وذلك بأن يؤخذ الفعل من متعلقات الحكم الشرعي من وجوب وسنة وندب، وجواز وحرمة وكراهة، ورخصة وصحة، وبطلان وفساد، وفسخ، ومن الوجوب اللزوم والتعيين، ومن الفسخ الهزم، ومن الجواز الحل والتخيير[2].

[إذا أتى الفعل مطلقا ولكنه يقع مثبتا للوجوب]

ومنها: أن يؤتي بالفعل مطلقا غير دال على ما ذكر، وله في نفس الأمر

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 52 53/ 1.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 53 / 1 .

كيفية من ذلك، فتطلب حينئذ (ص 59 خ) من خارج التركيب، ويقع مثبتا ومنفيا، فمن وقوعه مثبتا للوجوب، فيغسل الوثرة، ونقض غيره، وبني إن قرب، صلى بعدد النجس، وللندب أو السنية، سجد بشرط الصلاة، وسجد قبله وسجد بعده، فالأيس أو المختار، أي يتيمم أوله، وبالغ مفطر، وغسل كالجنابة، وأعاد تارك السلام التشهد، وسجد إذا انحرف، يخرج ممسكا أنفه وعلمهم، وصل آواخر الظهر، راج زوال عذره، واستؤذن إمام، وأعاد إن تغذى (ص 573 ت) وسنة فعلها، فيعاد المنكس، وخرجوا ضحى ثم خطب كالعيد، وبدل التكبير، وبالغ في الدعاء، ثم حول رداءه، ويقدم يسراه دخولاً، وأعيدتا إن قدمتا، وكبر ناسيه، وضرب لعشر، وللجواز نحو وأما لخوفه تأذية وينتفع بمتنجس، وفعل المستأجر عليه، إن خيف غسل جرح مسح، وارتهن إن انقرض، وترى من الأجنبي، وسمى من أحب[1].

[إذا كان المراد من الفعل ثبوت معناه والحكم به]

وقد يكون المراد من الفعل ثبوت معناه والحكم به، فيؤتى به لذلك مطلقا، كقوله نقيض الوضوء، وأتم وعصى، ويضر، وينجس، ويطهر، وقطعه دخوله بلده، وتدرك الركعة، واشتركتا، وقد يكون الفعل يشمل الوجوب والندب، كتشرع، وقد يستعمل اللفظ تارة في الندب، وتارة محتملا له وللوجوب، فمن الأول يدسيها تحته، ومسح أعلاه وأسفله على نسخة الفعل.

وقد يستعمله استعمال المشترك في معنييه دفعة، ومنه: واستخلف الإمام وجوبا في الجمعة وندبا في غيرها، يتيمم ذو مرض جوازا في المريض لا يخاف هلاكا، ووجوبا في المسافر والحاضر الصحيح لا يجدان ماء، إن خيف غسل جرح مسح، مع خوف الهلاك وعدمه أيضا، وكذلك النقي أيضا.

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 53 54/ 1، والعبارات المنقولة من مختصر الشيخ خليل.

[إذا كان الفعل منفيا للتحريم]

وقد يكون الفعل منفيا للتحريم، كقوله : ولا يصلي بلباس كافر، ولا يقلد مجتهد غيره، وقد يكون لنفي الندب والكراهية، كقوله : ولا يتعدد بولوغ كلب، ولا يطال ركوع، وقد يكون محتملا، كلا يستنجي من ريح، ولا يجذب أحدا، وقد يكون أيضا لنفي الحكم بالفعل فقط، كقوله : ولا يطهر (ص 60 خ) ولا تفاضل، ولنفي الوجوب، كقوله : ولا ينقص ظفره، وقد يستكمل الفعل أيضا في باب المعاملات والدعاوى والتنازع، أنه يقضي ويحكم عليه أو له ومنه : وقدم الزوجان، وقدما دوما، وتولاه المشتري، وفلس وحجر وانفك ولو بلا حاكم، وأوجر رقيقه، وعجل بيع الحيوان، واستوني بعقاره، وهل به وبالموت ما أجل.

[إذا أراد باللفظ القضاء به عند التنازع]

وقد يعبر هنا، أي في هذا المقام بالوجوب، والمراد أنه يقضي به عند التنازع والطلب، ومنه : ويجب بمأمونة النيل إذا رويت، أي أن صاحب الأرض إذا طلب ذلك قضي الحاكم له، وتتبع ذلك يخرج عن غرض السؤال وليس ما ذكر من مواضع الأفعال وتنويعها وأمثلتها، قصد به الحصر لذلك، بل إنما أتى به للتنبيه على أنه لم يتقرر في ذلك اصطلاح يعتمد عليه بمجرد إطلاق اللفظ، كما هو اصطلاحه في غيره، بل لا بد حينئذ من البحث على حكمه من خارج اللفظ، كما رأيت ذلك، ولو تتبعنا هذا المعنى وأفردنا الكلام على حدته تأصيلا أو تفريعا، (ص 574 ت) لاحتاج إلى تأليف غير يسير، ولكن لا يخفى ذلك على المتأمل في هذه الإشارات، والله اعلم بالصواب(1).

[المراد بقول الشيخ خليل: وعلى قوم وأعقابهم]

إذا تقرر هذا، فاللفظ المسؤول عنه، هو قوله : وعلى قوم وعلى

(1) ما زال الكلام متصلا للشيخ عبد القادر الفاسي، الأجوبة، ص 54 55/ 1.

أعقابهم، فضل المتولي أهل الحاجة... إلخ، محتمل الوجوب والندب حسبما تقدم أن المصنف[1] يعبر بالفعل تارة على الندب، وتارة عن غيره، فليس بصريح في شيء من ذلك، وهو يحتاج إلى بيان حكمه خارجا، ولم أجد إلى الآن من كلامهم ما هو صريح في ذلك، إلا أنه يظهر من عبارة بعضهم أن ذلك على طريق الأولى والندب، وأنه لو عمهم لجاز.

[في الحبس المعقب للمتولي تفضيل أهل الحاجة والعيال والزمانة]

قال ابن سلمون : وللناظر فيه أن يفضل الفقير على الغني، وذا العيلة[2] على غيره، ومثله في عبارة ابن الحاجب، ونصه : قال مالك : من حبس على قوم وأعقابهم، فللمتولي تفضيل أهل الحاجة والعيال والزمانة في الغلة والسكنى باجتهاده، فإن التعبير باللام لا يؤذن بالوجوب، وإنما ذلك شأن التعبير بعلى.

[في قسمة الحبس الحاضر أولى بالسكنى من الغائب]

وقال في العتبية، في رسم إن خرجت من هذه الدار، من سماع عيسى أثناء مسألة الكلام على قسم الحبس : والحاضر أولى بالسكنى من الغائب (ص 61 خ) والغلة بين الغائب والحاضر سواء، والمحتاج الغائب أولى من الغني الحاضر، وذلك على الاجتهاد على ما يرى واليها والناظر فيها، انتهى[3].

وقال ابن عرفة : قسم ما على غير منحصر بالاجتهاد اتفاقا، وروى ابن عبدوس : من حبس على قوم وأعقابهم، فهو كالصدقة، يوصي أن تفرق على المسكين، لمن وليها أن يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤونة، والعيال والزمانة، وكذلك غلة الحبس، انتهى، فقد رأيت أن عباراتهم في هذا إنما هو بالفعل أو باللام المؤذنة بالإباحة، أو بلفظ الأولى، والله اعلم[4].

---

(1) يقصد به الشيخ خليل الذي نقل الكثير من أقواله في المسائل السابقة، مختصر الشيخ خليل ص 253.

(2) العيلة : الفقير، ترتيب القاموس، ص 358 / 3.

(3) البيان والتحصيل، ص 277 / 12.

(4) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 56 / 1.

[المراد بالإيثار في الحبس حرمان المفضول أو إعطائه من الفضل]

ومنها : ما المراد بالإيثار في الحبس، هل مع حرمان المفضول، أو لا بد وأن يعطي الغني من الفضلة ؟ وكيف إن لم تبق فضلة ؟، ورأيت في أجوبة ثلاثة في مسألة وقعت بين العقبانيين[1] توجه فيها السؤال لفاس وبجاية وتونس خلافا في ذلك، ولم يتبين لي الراجح فيها من غيره، وكل ذلك في المعيار[2].

وجوابها : أن ذلك بحسب الأوقات، فتارة يحرم الأغنياء، وتارة يعمهم العطاء لفضله على الفقراء، قال ابن عبد السلام : وإذا فرعنا على قول مالك يعني من إيثار ذي الحاجة، فقال عنه ابن القاسم : من حبس على الفقراء في سبيل الله وابن السبيل وذي القربى، وفي قرابته غنى، فلا يعطى منه ولكن ذو الحاجة[3].

[من حبس على قوم وأعقابهم إن ذلك كالصدقة]

وفي المجموعة : من حبس على قوم وأعقابهم أن ذلك كالصدقة، ولا يعطى منها الغني شيئا، ويعطى منها المسدد بقدر حاله، أو كان للأغنياء أولاد كبار فقراء قد بلغوا، اعطوا بقدر حاجتهم، قال الباجي : يريد بالمسدد الذي له كفاية، وربما ضاقت حاله لكثرة عياله، وإذا تساووا في الفقر (ص 575 ت) والغنى، أوثر الأقرب، وأعطي المفضل من يليه، وإن اختلفوا أوثر الفقير الأبعد، ذكره ابن عبدوس، قال الباجي : وهذا إذا كان عدد المحبس عليهم لا ينحصر، ولا فضل عن فقرائهم شيء، فإن فضل عن الفقراء شيء، صرف إلى الأغنياء، قاله ابن القاسم، انتهى، مثله في التوضيح[4].

---

(1) هذه مسألة مشهورة في قسمة الحبس وقعت بين القاضي أبي سالم إبراهيم العقباني وابن أخيه محمد بن أحمد العقباني، نقلها الونشريسي في المعيار، وذكرها ابن غازي والشيخ يحيى الحطاب في مؤلفاتهما.

(2) المعيار، ص 248 257/ 7.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 56 / 1

(4) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 56 / 1.

[مسألة القاضي أبي سالم العقباني وابن أخيه في استحقاق الحبس]

وأما مسألة المعيار، فهي مناظرة وقعت بين القاضي أبي سالم إبراهيم بن الشيخ أبي الفضل قاسم بن سعيد العقباني[1]، (ص 62 خ) وبين ابن أخيه محمد بن أحمد بن قاسم المذكور[2] وذكرها أيضا الشيخ ابن غازي في تكميل التقييد وطال نزاعهما في ذلك، ونص ما يحتاج إليه من ذلك، على ما عند الحطاب في التأليف المذكور[3]: -

وقيل إن ابن الأخ أراد الدخول مع عمه في الوقف، إما بتقديم المحتاج منهم، أو بالسوية بينهم إن استوت على القول بها، وبما فضل عن عمه على القول به، ويؤثر بذلك الأعلى، ويعطى من بعدهم ما فضل عنهم، فادعى العم بما نصه : إن المراد بالإيثار المنصوص عليه لأهل المذهب، إنما هو حرمان المؤثر عليه، لدلالة اللفظ عليه لغة، وقال هو مقتضى قوله تعالى ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ﴾[4] وأبطل ابن أخيه هذا الزعم بأن هذه الإرادة في مسألة الحبس من جنس التلاعب، لأن قولهم : يدخلون ويؤثر الأعلى، يأبى أن يكون المراد حرمان المؤثر عليه، إذ الحرمان لا يقتضي دخولا.

[يبدأ بالأباء فيؤثرون فإن فضل فضل كان لولد الولد]

على أنه وقع في النوادر، تفسير عبد الملك لمراد مالك بالإيثار، بقول المجموعة، قال ابن القاسم [قال مالك فيمن حبس على ولده، أو قال : على

(1) أبو سالم إبراهيم بن قاسم العقباني التلمساني، قاضي الجماعة بها، نقل عنه الونشريسي في المعيار، وأثنى عليه، توفى سنة 880 هـ، شجرة النور، ص 265 / 1، البستان، ص 27، نيل الابتهاج، ص 65.

(2) محمد بن أحمد بن قاسم العقباني، الفقيه العالم، ولي قضاء تلمسان، أخذ عن جده قاسم وغيره، توفى سنة 871 هـ، البستان، ص 224، نيل الابتهاج، ص 547.

(3) نقل الشيخ عبد القادر الفاسي مسألة الخلاف بين القاضي العقباني وابن أخيه من كتاب شرح ألفاظ الواقفين ليحيى الحطاب.

(4) الحشر : 9.

ولدي وولد ولدي، فذلك سواء، يبدأ بالأباء فيؤثرون، فإن فضل فضل كان لولد الولد][1] قال عبد الملك : كان مالك يؤثر الأعلى ويوسع على الآخرين وكان المغيرة يسوي بينهم، وهو أحب إلي، انتهى[2] فأين التوسعة على الآخرين من حرمانهم، ورفعوا بذلك سؤالا لفقهاء عصرهم .

[إجابة الشيخ المشدالي على المسألة]

فأجاب المشدالي بما نصه : زعم العم أن الإيثار يقتضي حرمان المؤثر عليه، لا شك في بطلانه عند كل منصف، ولا يكابر فيه إلا كل متعسف، إذ من تأمل كلام الشيوخ وطالع نصوص الروايات لم يشك في أن مرادهم التفضيل مع عدم الحرمان، كما أشار إليه ابن الأخ، وأيده بما في النوادر عن عبد الملك، مفسرا لمراد مالك، ونحن مع ذلك لا ننكر أن الإيثار يطلق ويراد به الاختصاص، كما أشار إليه العم، ومنه الحديث «استأثر الله بخمس من الغيب إلخ»[3] .

كما أنه يطلق ويراد به التفضيل من غير حرمان المفضول، وهو المستعمل عند أهل المذهب في هذا الباب، وفي غيره من أبواب الفقه، ومنه قول ابن رشد في جوابه : وقيل يؤثر الولد على ولد الولد، ولا يدخل ولد الولد إلا فيما فضل عن الولد، فما أبعد كلامهم فيه عن تفسيره بالحرمان، وإن صح إطلاقه (ص 576 ت) على ذلك لغة فهو في اصطلاحهم (ص 63 خ) إنما المراد به التفضيل بالزيادة من غير حرمان، والعمدة في مثل هذا، إنما هي الحقيقة الاصطلاحية اللغوية، فكلام ابن الأخ في ذلك أجزل، واستدلاله أمضى وأكمل.

---

(1) ما بين القوسين سقط في (ت)، (خ).

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد، ص 30 / 12.

(3) الحديث رواه الإمام البخاري في كتاب الإيمان في سؤال جبريل من صحيحه، ص 18 / 1.

[إجابة الشيخ الزلديوي[1] على المسألة]

وأجاب الشيخ الزلديوي: والإيثار هنا إعطاء الأب كفايته على قدر حاله وعيلته، فما فضل عن ذلك كان للابن، وإن لم يفضل شيء حرم الولد، ولا يلزم من حرمانه أن لا يكون محكوما له بالدخول[2] في الحبس حتى يكون تلاعبا، كما قلتم، بل هو محكوم له بالدخول، وأخذه متوقف على ما يفضل من الغلة، فإذا انتفى، انتفى الأخذ، انتهى[3].

[المقصود بالإيثار تقديم الفقراء بكفايتهم]

فتحصل من ذلك أن ليس المراد بالإيثار ها هنا حرمان الأغنياء، قصدا أولياً بالذات، بل المقصود تقديم الفقراء بكفايتهم، وما فضل كان للأغنياء فهم ملحوظون في العطاء، ومنتظرون لما يفضل، وحرمانهم عارض في بعض الأوقات لعدم الفضلة، بخلاف ما لو كان الشرط تخصيص الفقراء بذلك، فهم مترقبون لذلك سواء فضل أو لم يفضل، ففرق بين المسألتين.

قال العم لابن أخيه، لما طلب الدخول معه في الوقف: لا شيء لك بعد إيثاري، إلا من الفضل، ولا فضل في الوقف، كما وقع في المدونة، والتسوية إنما هي على مذهب المغيرة، وهو مرجوح، فناقشه ابن الأخ في مرجوحيته وأطلعه على راجحيته عند الشيوخ، كقول ابن رشد في أجوبته: إنه الذي عليه العمل، واختيار اللخمي له، وقول ابن القاسم إنه الأقرب.

فأجاب الزلديوي: لا امتراء في دخول ابن الأخ مع عمه، والقسم بالسوية، وهو المشهور والأولى المختار، لزوال تكلف الاجتهاد، هذا مقتضى الروايات وفتاوى المتأخرين.

---

(1) في شرح ألفاظ الواقفين المنقول عنه المسالة، الزنديوي، بالنون، ص 267.

(2) في نسخة (ت)، (خ) أن لا يكون محكوما له بعدم الدخول، وما أثبتناه من شرح ألفاظ الواقفين وأجوبة الفاسي.

(3) انتهى ما نقله عن شرح ألفاظ الواقفين، ص 265 267. وأجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 56 /57 1.

[جرى العمل في الوقف المعقب بالتسوية والمشهور إيثار المحتاج]

وأجاب القوري : قول العم لا شيء لابن الأخ بعد إيثار الأعلى إلا من الفضل ولا فضل، صحيح، إلا أن العمل على قول المغيرة وغيره، من الحكم بالتسوية وعدم إيثار الطبقة العليا على السفلى (ص 64 خ) التي تليها، وقد قال بذلك جماعة، وأخذ من المدونة، ونسب إليها من مواضع، كمسألة ولد الأعيان[1] وكقوله : إذا نكح الأبناء وعظمت مئونتهم كانوا بقسم واحد مع آبائهم، ثم ذكر الأقوال الأربعة في المسألة[2] ثم قال : وصرح ابن رشد بمشهورية القول بإيثار المحتاج على الغني في الحبس المعقب، كما إنه قال في أجوبته : إن العمل درى بقسمته على التسوية بين الغني والفقير، وكذلك رجح اللخمي القول بالتسوية والمساواة، وذكر أنه حبس نص على ولد الولد، أو دخل بالمعنى، وذلك رجحه كثير من الشيوخ، انتهى محل الحاجة منه[3].

فقد علم معنى الإيثار، وأن المشهور القول بإيثار (ص 577 ت) المحتاج، وأن العمل جرى بالتسوية في القسم، كما رأيت جميع ذلك في كلامهم، ومنها قول الموثق : حبس فلان على جميع أولاده، كذا وعلى عقب أولاده المذكورين، طبقة بعد طبقة، هل يقتضي دخول ولد الولد مع أبيه، أو حتى ينقرض والده ومن معه في الطبقة الأولى، عملا بقوله: طبقة بعد طبقة

---

(1) مسألة ولد الأعيان، هي أن يقول المريض : ثلث مالي حبس على أولادي وأولاد أولادي وعقبهم، فيشترك بقية الورثة إن وجدوا مع الأولاد في حصتهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وبذلك يصح الوقف عليهم بالوصية، لوجود أولاد الأولاد والعقب، يراجع شرح المسألة في السلسلة الفقهية، د الصادق عبد الرحمن الغرياني، ص 70 / 2.

(2) قال الإمام القوري : وقد كنا حصلنا في هذه المسألة أقوالا : أحدها : تبدية الأعلى مطلقا، ولا شيء لمن تحتهم ممن سفل، والثاني : تبدية الطبقة العليا، ولكن لا يحرم أحد من أبناؤهم من الإعطاء وإن قل، والثالث : تسوية الكل في الحبس من غير إيثار أحد على أحد مطلقا والرابع : التسوية في استواء الحال لا في اختلافها، وفي الاختلاف حلاف، قيل تبدية الأحوج وإن كان ولد ولد، ولا يعطى الولد شيئا لأن سنة الأحباس تبدية الفقراء، وبه قال أشهب. شرح ألفاظ الواقفين والقسمة على المستحقين، ليحيى الحطاب، ص 258 259.

(3) شرح ألفاظ الواقفين، المصدر السابق، ص 259.

تأكيدا للكلام، كما عند الحطاب في شرح المختصر، في قول المحبس : ما تناسلوا وتعاقبوا بطنا وعقبا بعد عقب[1].

[العطف بالواو والتصريح بدخولهم يشترك فيه الأبناء مع الأباء]

لكن في نوازل الحبس من المعيار، سؤالا عن قول المحبس طبقة بعد طبقة، هل ذلك مهمل وجوده كعدمه أم لا ؟، وفي الجواب عنها لبعض الشيوخ، أنه معتبر، لكن الذي في نوازل المعيار نصها : وعلى ذريتهم بعدهم وعلى عقبهم، هكذا ما تناسلوا، طبقة بعد أخرى، فذكر البعدية، وقال أيضا : ومن انقرض من الأولاد المذكورين عن نصيبه، فينتقل إلى ذريته، ومسألتنا العطف فيها بالواو ودون ذكر بعد، وجوابها أن لفظ الوثيقة الذي سألتم عنه مغاير لمسألة الحطاب، ولمسألة المعيار، أما المغايرة لمسألة الحطاب، فقال فيها : بطنا وعقبا بعد عقب، يدخل في ذلك الأبناء مع الأباء [إلى أن قال : وقفا صحيحا على من سيولد له من ظهره، وعلى من ذكر بعدهم يدخل في ذلك الأبناء مع الأباء، فصرح بدخول الأبناء مع الأباء] ومسألتكم عرية عن ذلك[2].

قال الإمام الحطاب عن المسألة : الذي يظهر أن ذلك لا يمنع (ص 65 خ) من دخول الأبناء مع الأباء، يعني قوله : بطنا وعقبا بعد عقب، وكلام الواقف يدل على دخولهم مع آبائهم في موضعين، الأول منهما : أنه عطف الأبناء على الأباء بالواو، وهي مقتضية لدخولهم معهم، كما صرح بذلك علماؤنا، والثاني : وهو أقواها، تصريحه بدخولهم مع الآباء مرتين، وأما قوله : بطنا بعد بطن وعقب بعد عقب، فالظاهر أنه إنما أراد التنصيص على تأكيد استمرار الوقف وتأبيده على الوجه الذي ذكره على جميع البطون والأعقاب، انتهى[3].

---

(1) مواهب الجليل، للحطاب، ص 31 / 6.

(2) ما بين القوسين سقط في (ت)، (خ)، والإضافة من أجوبة الفاسي، ص 59 / 1.

(3) مواهب الجليل،للإمام الحطاب، ص 31 / 6.

[إذا كان في لفظ الوثيقة بعدهم فذلك يقتضي الترتيب]

وأما مسألة المعيار، فقال فيها : حبس على ثلاثة بنين معينين وعلى ذريتهم بعدهم، وعلى عقبهم، وعقب عقبهم، طبقة بعد أخرى، ومن انقرض من الأولاد المذكورين رجع نصيبه إلى أخويه المذكورين، انتهى، فذكر في الوثيقة لفظ بعدهم، فقال في المعيار جوابا عنها : نص الوثيقة يوجب ترتيب الأبناء مع آبائهم المعينين في الحبس المذكور، إذ لا يشارك في ذلك ابن أباه في اغتلال الحبس المذكور في زمن واحد، وإنما يكون للابن حظ أبيه بعد موته ولا يغتله في حياة أبيه، فهذا وجه الترتيب المشار إليه في الوثيقة بقول الموثق : على ذريتهم بعدهم، أي لا يكون لواحد من الذرية أن يغتل لنفسه إلا حظ أبيه بعد موته، وهو معنى قوله : طبقة بعد أخرى، بدليل قوله : ومن انقرض (ص 578 ت) من الأولاد المذكورين، انتقل نصيبه إلى ذريته.. إلى آخره، انتهى[1].

فزاد في المعيار على مسألتكم قوله : وعلى ذريتهم بعدهم، واتفق معها في ذكر الطبقة بعد أخرى، كما رأيت، وهو أي قوله : طبقة بعد أخرى يقتضي الترتيب عنده، فلا يدخل الابن مع وجود أبيه، ويدخل مع أعمامه ومسألتكم كذلك، يقع فيها الترتيب، وإنما لم يعتبرها الإمام الحطاب، وجعلها تأكيدا لموضوع النص على دخول الأبناء مع الأباء في وثيقته، والله اعلم[2].

[قول الواقف لا مدخل للأبناء مع آبائهم لا يمنع دخول الفروع الذين مات آباؤهم]

وبخط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه ولكاتبه في مسألة قول الواقف : لا مدخل للأبناء مع آبائهم غير مانع من دخول الفروع الذين مات آباؤهم، وتنزلوا منزلتهم مع الأصول (ص 66 ح) في نصيب من مات عن غير عقب، انتهى.

---

(1) المعيار المعرب، للونشريسي، ص 270 271/ 7.

(2) كل المسائل السابقة من أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 51 – 59 / 1.

[مسألة من حبس بعض أملاكه وترك البعض فإن ما تركه يكون ميراثا]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عن رجل حبس جميع أملاكه على أحفاده لابنه، الذكور منهم دون الإناث، واستثنى من ذلك مواضع ينتفع بها طول حياته، إلى أن توفى فصارت بعده ميراثا، والأملاك المحبسة بيد ذكور المحبس عليهم، يستغلون ذلك على وجه الحبس إلى الآن، وذلك لمدة تقرب من مائة سنة، وذلك كله يحترم باحترام الأحباس، ويعرف بذلك عند الناس.

[ونص وثيقة رسم الحبس : حبس فلان على حفائده لولده على السواء بينهم والاعتدال جميع أملاكه المشهورة له بمدشر[1]كذا وأقطاره وقبيلة كذا وما والاها من قبائل كذا حيث انتهت حدوده، وكل ما ينسب إليه من ديار ودمن[2] وجنات وأرضين، وأشجار ومياه وأدر، حبسا مؤبدا.. إلخ، ونص المستثنى : حاشى مواضع منها بيت سكناه، وجنان كذا، وزيتون كذا، وفدان كذا،.. إلخ، ثم قال: وما عدا ذلك من جميع أملاكه فقد حبسه كما ذكر في رسم الحبس. واستقلوا عليه القضاة، وأعملوه وخاطبوا عليه من لدن كتب رسم الحبس إلى الآن، فذكر لهم البعض أن الحبس باطل لكون المحبس ذكر أملاكه مجملة، ولم يعين كل موضع على حدته بحدوده، كيف سيدي، وهذا المحبس يقول : كل ما ينسب إليه من كذا وكذا إلى آخره، بينوا لنا سيدي بيانا شافيا ولكم الأجر من الله تعالى][3] هل هذا الحبس صحيح أو باطل مع طول هذه المدة، والله يرعاكم ؟.

فأجاب : إن الحبس صحيح، وقد عينه بقوله : جميع أملاكه، واستثنى منه ما استثنى، وبقي الباقي وهو معروف مشهور.

---

(1) المدشر : قرية من قرى البادية.

(2) الدمنة : آثار الناس وما سودوا، كفاية المتحفظ في اللغة، لابن الأجدابي، ص 168.

(3) ما بين القوسين سقط في (ت)، (خ) والإكمال من أجوبة الفاسي، ص 163 164/ 2.

[مسألة من تصدق على فلان بجميع ميراثه ولم يذكر بعضه واستثنى منه]

وفي سماع أصبغ، في كتاب الصدقة، في رجل قال : أشهدكم أني تصدقت على فلان بجميع ميراثي، وهو كذا وكذا، في البقر والغنم والرمك[1] والرقيق والثياب، والدور والبور، إلا الأرض البيضاء فإنها لي، وفي تركة الميت جنات لم ينص عليها، أو غير ذلك، فهل يكون ما نص عليه وما لم ينص للمتصدق عليه إلا ما ستثنى، أم ليس له إلا ما نص ؟.

قال [أصبغ] له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه، والجنات داخلة في الصدقة إن كان يعرفها، لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنات انتهى[2] .

[إذا حبس الرجل جميع أملاكه على ولده دخل فيه ما سمي وما لم يسم]

ومثل ما ذكرنا في مجالس القاضي المكناسي : إذا ما سمى وما لم يسم أو لا يدخل إلا ما سمى فقط ؟، قال المكناسي : سئل عنها الزرويلي[3]؟ .

فأجاب عنها : بأن يدخل في الحبس ما سمى وما لم يسم، وإن كان خص بعض المواضع بالذكر وترك بعضها، غير أن المخصص بالذكر دخل في الحبس بلفظ الخصوص، وبلفظ العموم، وغير المخصص بالذكر دخل بلفظ العموم خاصة، وهو كاف في الدخول، ونحو هذا في سماع أصبغ، يشير إلى ما تقدم عن أصبغ[4] والله اعلم،[5] .

---

(1) الرمك : الرمكة : الفرس والبرذونة، والأنثى من البراذين، لسان العرب المحيط، ص 1227 / 2، وفي كفاية المتحفظ لابن الأجدابي، الرمك : التي يختلط حمرتها سواد، يقال بعير أرمك وناقة رمكاء، ص 96.

(2) البيان والتحصيل، ص 105 106/ 14

(3) أبو الحسن الصغير، تقدمت ترجمته.

(4) تقدمت الإشارة إلى سماع أصبغ في البيان والتحصيل، ص 105 106/ 1 .

(5) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 163 164/ 2 .

[مسألة حبس عقار لم تذكر حدوده تفصيلا وبيان حيازته]

وبخط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه : وللشيخ محمد بن مقيل جواب عن نازلة وقعت، بفزان[1] وأختلف فيها فقهاؤها، فكتب له بعضهم في ذلك ؟.

فأجاب بما نصه : الحمد لله مجيب دعوة الداعي إذا دعاه، حمد سائل من فيض فضله (ص 67 خ) توفيقه لما يحبه ويرضاه، (ص 579 ت) والصلاة والسلام على سيدنا محمد مختاره ومصطفاه، وعلى آله وصحبه، الباذلين مهجهم في مرضاته وسبيل هداه، وبعد، فحاصل نازلة سؤالكم على المفهوم من خطابكم، أن بعض من بأيديهم العقار المنجر إليهم من سلفهم، أدعى وقفيته عليهم من جدهم، مستندا لكتاب وقف، تضمن وقف الواقف المشار إليه، عقاره بالبلد المخصوص على طريق العموم، دون ذكر حدوده، على سبيل الشهادة بها، ذكرا يعلم به أنه المذكور في كتاب الوقف، وأن الخصم أنكر الوقفية في العقار المتنازع فيه، لعدم بينة التعيين بالحيازة، بعد تأجيله لمدعي الوقفية، وعجزه عن إثبات ذلك، فظاهر قصر النظر على التكليف بحيازة التعيين، وإناطة الحكم بعدمها، كالدال على ثبوت كتاب التحبيس في نفسه، مع الحوز الذي هو رفع يد الواقف المعتبر في تمام صحة التحبيس وكالدال أيضا على ثبوت الملك للجد المحبس، على أن قول السائل في حق منكر التحبيس يطلب إرثه من عقار المحبس صريح في تسليم الخصم بثبوت الملك للمحبس.

فنقول، وبالله سبحانه وتعالى التوفيق للصواب : الذي يظهر أن النظر في بينة التعيين بالحيازة والتكليف بها، في مثل هذه المسألة، مما جرى فيه التحبيس على العموم، غير محتاج إليه، بل إذا ثبت الحبس بشرط تمامه، وثبت الملك للمحبس يوم التحبيس، قضي بموجب الحبس بعد الواجب في كل

(1) فزان : جنوب ليبيا، سبق التعريف بها .

موضع عقار ثبت أنه ملك للمحبس حين التحبيس، مما يصدق عليه عموم قوله في حبسه، عقاره بالبلد المعين، إذ المعنى الذي علل به ابن رشد التكليف ببينة الحيازة في مثل مسألة ما جرى فيه التحبيس على التسمية، وهو احتمال أن يكون المحبس المذكور في كتاب الحبس [له عقار أخر](1) سوى المتنازع فيه غير ظاهر الجري في مثل النازلة، فيما يلوح لبادي النظر.

وإذا تم هذا وسلم، كان الظاهر توجيه النظر إلى معرفة ما عند المنازع في التحبيس في ملكية المحبس (ص 68 خ) المسألة عنده على ظاهر السؤال، هل يقر بثبوتها حال التحبيس، أو يدعي تأخرها عنه، فإن أقر بثبوتها حال التحبيس كان في التكليف لبينة الحيازة مع هذا، ومع قول المحبس على العموم إشكال، وللنظر فيه مجال، وإن أدعى تأخرها عن التحبيس، فيظهر، والله اعلم، أن على مدعي الوقفية إثبات الملكية يوم التحبيس، لاحتمال صدقه في ذلك، كاحتمال صدق المقوم عليه في مسألة الضيعة من نوازل ابن رشد، صورة إنكار المقوم عليه، كونها المذكورة في كتاب الحبس، بأن يكون المحبس حبس ضيعة أخرى بالبلد المذكور مشتهرة حينئذ به، ثم اكتسبت الضيعة المقوم (ص 580 ت) فيها بعد ذلك، وباعها من جد المقوم عليه، حسبما قرره ابن رشد في جواب المسألة المشار إليها(2).

قال : ومع هذا الاحتمال لا يحكم فيها، إذ لا يحكم الحاكم إلا بيقين واحتمال صدق منكر الحبس في دعواه، تأخر ملكية المحبس لما فيه من النزاع عن حين التحبيس واضح، فيمتنع الحكم بالصحة مع هذا الاحتمال، كما امتنع

---

(1) ما بين القوسين زيادة يقتضيها الكلام، ووردت الإشارة إليها في المسألة.

(2) المسألة المستدل بها من نوازل ابن رشد : رجل بيده حقل تملكه هو وأبوه قبله، وقام عليه رجل بالحبس ببينة عادلة، فهل يكون الحقل لمن بيده أو للقائم بالتحبيس ؟، فأجاب : إذا ثبت كتاب التحبيس بما يجب، ووافق ما تضمنه الفدان، من تسمية وحدود وأنه ليس بالجهة فدان يسمى بذلك الاسم، وله نفس الحدود، فالواجب أن يوقف.. إلخ، مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 981 / 2.

مع الاحتمال المقرر في مسألة ابن رشد، ويبطل القيام به مع عدم ثبوت الملكية حال التحبيس على ما يقتضيه ظاهر أجوبة ابن رشد وغيره، ولا يقال : مقتضى ظاهر جواب ابن رشد بإسقاط ثبوت ملكية المحبس يوم التحبيس، واكتفائه في ذلك بإقرار المقوم عليه، أن الضيعة ابتاعها جده من جد القائم، لأنه إقرار له بملكها، أنه لا يشترط في الإقرار بالملك كونه يوم التحبيس .

[لا يصح التحبيس إلا بعد إثبات ملك المحبس لما حبسه]

ولذا خالفه أصبغ بن محمد قائلا : لا يصح التحبيس إلا بعد إثبات ملك المحبس لما حبسه، وليس في إقرار حائز الأملاك بالشراء من المحبس، إلا الإقرار بالملك يوم البيع، وذلك مما لا منفعة فيه، وإذا كان مقتضى جواب ابن رشد، أن إقرار المقوم عليه بالشراء من المحبس يوجب له الملك، ولا يحتاج إلى إثبات كونه يوم التحبيس، اقتضى أن يكون إقرار منكر التحبيس، في نازلة السؤال، بملكية المحبس، مغنيا عن كونها يوم التحبيس، فيستقل موجب الحبس بناء (ص 69 خ) على ما زعمتم أنه المتبادر من الاستغناء عن التعيين بالحيازة، بعلم قول المحبس عقاره، وبثبوت ملكه حين التحبيس، كما أشرتم إليه .

[إذا حبس ما لا يملك وقت التحبيس يحمل على العدى]

لأنا نقول : إن سلم اقتضاء جواب ابن رشد لما ذكر في مسألته، مما جرى التحبيس فيها، على الذكر والتسمية، فلا نسلم اقتضاء مثله في مثل نازلة السؤال، لثبوت الفارق بينهما، وبيانه أن الموضع المسمى في الحبس، يثبت تحبيس المحبس له، بثبوت عقد التحبيس فيه، كما ينبغي، وإذا ثبت ملك المحبس له، واحتمل تأخر ملكه له عن تحبيسه إياه، فدعوى من ادعى التأخر مقتضية لحمل المحبس على العدى في تحبيسه ما لا يملك إذ ذاك .

[مسألة من منح شيئا لا يملك إلا نصفه ثم ملك النصف الآخر]

وقد أفتى المحقق ابن راشد القفصي[1] في نازلة نحلة وقعت في جميع جنة، ثم ظهرت وثيقة تملك الناحل نصفها، مؤرخة بتاريخ متأخر عن تاريخ النحلة بلزوم جميع الجنة المنحولة، حملا على أن الناحل ما نحل الجميع إلا بعد عقد مع الشريك على ما انتقل به حظه إليه، وتأخر الإشهاد بينهما، لما بعد تاريخ النحلة، ولا يحتمل على العدى، هذا حاصل ما قيل الآن، إني وقفت عليه في فائقه[2] فليراجع وليحرر النقل كما ينبغي .

ولعل القاضي أبا الوليد بن رشد، ناظر لهذا المعنى الذي وجه به ابن راشد القفصي فتياه في نازلة (ص 581 ت) النحلة، وغير حفي أن هذا المعنى غير متيقن مع عدم علم المتنازع فيه، مذكور في كتاب الحبس، فليتأمل وللنفس تشوف إلى الوقوف على ما يفصح بما ذكره المجيب المحصل للقول في مسألة الحيازة من قوله : وإذا لم يكن الحبس موصوفا مجردا في العقد، بل قيل فيه حبس فلان جميع عقاره، كنازلتنا، فانظر إن كان شهود الأصل موجودين فيحوزونها الآن، أي يحدونها ويعينوها ويصح الحبس، وإن بادوا أي ماتوا، فيبطل الحبس إلا بوجه غير هذا، انتهى.

أما كونه هو ما نقل في الجواب من كلام ابن رشد وابن الحاج، فغير مسلم عمومه وشموله، لما وقع التحبيس فيه (ص 70 خ) على العموم كنازلتنا فيما ثبت ملكية المحبس له يوم التحبيس، إلا بدليل يفصح بذلك، إذ كل ما ثبت ملك المحبس له، أو أن تحبيسه من العقار بالبلد المعين تناوله عموم قوله : جميع عقاره، تناولا ظاهرا، فما معنى التكليف بالحيازة في هذه الصورة بالنسبة لتعيين، أن العقار المتنازع فيه من المذكور في الحبس[3] ومن الواضح

---

(1) تقدم التعريف به.

(2) يقصد كتاب محمد بن عبد الله بن راشد القفصي : الفائق في الأحكام والوثائق، مخطوط بالمكتبة الوطنية بتونس، ومنه نسخة بالمكتبة المركزية بجامعة قاريونس، بنغازي.

(3) هنا تكرار في نسخة (ت) تم الشطب عليه.

أن ليست بينة التعيين بمطلوبة لذاتها، ولذا لم يحتج إليها عند إقرار الخصم بأن المتنازع فيه من المذكور في الحبس.

[الإشهاد على الحيازة لا يلزم إلا إذا وقع النزاع بين المتداعين]

وفي تنبيه الحكام، اختلف في التزام الحيازة فيما شهد به الشهود من ربع وعقار، فذهب إلى ذلك قوم، ورأوا أن الحكم لا يتم إلا به، إلا أن يتوافقا المتداعيان على حدود واحدة، ويسقطان الحيازة بينهما، وذهب آخرون إلى أن ذلك لا يلزم في الحكم، ونحوه عند غير واحد، وانظر حكاية الخلاف مع قول ابن رشد، وهذا لا خلاف فيه.. إلخ، انتهى،[1] وانظر تمام الجواب في باب القضاء وباب الشهادة، والله اعلم.

[إذا لم يذكر الشهود الحدود والحيازة ثم ماتوا فلا ينتفع بالحبس إذا أنكر الخصم]

وبخط الشيخ أحمد المكنى، من هذا المعنى، ما نصه : وللشيخ محمد بن مقيل، جواب عن مسألة تظهر من الجواب، ونصه : إذا مات شهود أصل التحبيس، الذين تصح بهم حيازة ما أشهدهم المحبس بتحبيسه، ولم يقع في كتاب الحبس ذكر حدود الموضع المقوم فيه، على سبيل الشهادة بها، بحيث يمكن أن يعين بها، ويحاز بالوقوف عليه وتمييزه، على ما ذكر أهل العلم، في الحيازة بالحدود إذا مات شهود الأصل، فإنه لا ينتفع بالحبس في خصوص الموضع المتنازع فيه، مع إنكار المقوم عليه كونه المذكور في الحبس، وانعدام ما يدل على أنه المذكور في الحبيس بالطريق الشرعي، وقد بسط هذا المعنى القاضي أبو الوليد بن رشد في نوازله، بما لا مزيد عليه[2] وأما شهادة شهود

---

(1) أي انتهى كلام المفتي، وسينقل المؤلف بقية كلامه في أبواب أخرى، ويشير إلى ذلك.

(2) يشير المفتي إلى ما ورد في جواب الإمام ابن رشد : والحيازة من تمام التحبيس، التي لا يصح القضاء به دونها، إذ لا يصح لحاكم أن يحكم بمعين إلا بعد أن يتعين عنده بالحيازة...، مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 174 / 1.

أصل التحبيس بملكية المحبس لما حبسه، فإنه ينتفع بها في ثبوت ملكية المحبس لما ثبت أنه من جملة المحبس المذكور في الحبس، وثبت تعيينه وتمييزه، انتهى، انتهى من خط الشيخ أحمد المكني.

[لا يجوز القضاء بالحبس إلا بعد إثبات ملكية المحبس يوم التحبيس]

ومن خطه أيضا (ص 71 خ) وله، أي للشيخ محمد بن مقيل، جواب نصه : لا يقضى بالحبس إلا بعد ثبوت ملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس وبعد ثبوت أن (ص 582 ت) المعصرة المدعى فيها هي المذكورة في الحبس إن لم يقر بذلك المقوم عليه، وإن أنكر وباد شهود التحبيس الذي تصح بهم حيازة ما أشهدهم المحبس عليه، ولم يقع في كتاب التحبيس تحديد يمكن أن تحاز به، فلا يصح أن يمكن للقائم بالحبس، بما لا احتمال أن يكون للمحبس معصرة في البلد [التي وقع] فيها التحبيس منه، خلاف هذه التي وقع فيها النزاع، أما إذا ثبت الحبس وثبتت ملكية المحبس للمعصرة، وأقر المقوم عليه بأنها المذكورة في كتاب الحبس، أو أنكر وثبت تعيينها بما يصح أن تعين به وأعذر إلى المقوم عليه بذلك، فلم تكن له حجة إلا الحيازة، فإنه يقضى للقائم بالحبس، فلا تضره الحيازة ولو طالت[1] انتهى ما للشيخ محمد بن مقيل، بحظ الشيخ أحمد المكني، رحمه الله.

---

(1) هذا الرأي الذي قال به الشيخ محمد بن مقيل مفتي طرابلس يوافق قول الإمام ابن رشد في نوازله، فهو لم يأخذ بمرور الزمن في حيازة الأحباس، وأفتى بنقض حيازة دامت سبعين سنة على عقار محبس إذا لم تكن للحائز سوى الحيازة، مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 256 / 2 وعدم تملك الأحباس بالحيازة ووضع اليد هو المشهور في المذهب المالكي، ولكن التشريعات التي صدرت في بعض الدول العربية والإسلامية تجيز تملك عقارات الوقف بالحيازة إذا دامت ثلاثة وثلاثين سنة، ومن المشرع الليبي إلا أنه بادر من خلال قانون الوقف الصادر سنة 1972 إلى إلغاء ذلك الحكم ومنع تملك الأوقاف بالحيازة، يراجع تفصيل ذلك كتابنا، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، نشر كلية الدعوة الإسلامية طرابلس، 2001 م.

[اشتراط معرفة الشهود لملكية المحبس كي لا يتم الاعتداء على العقارات]

وبخط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه : مسألة : قال في الفائق : وإنما ضمنا العقود المتقدمة، معرفة الشهود بملكية المحبس، إذ هو أحصن، إذ قد يطول الزمان، ويموت من يعرف ملكيته لذلك، فيضع أجنبي يده على الحبس، فإذا استظهر المحبس عليه بعقد التحبيس، لم يقدر على إخراجه من يد حائزه بذلك، إذ ليس غير إشهاد فلان، بأنه حبس على فلان كذا وكذا وذلك غير كاف، إذ قد يعمد رجل فيحبس دار غيره، أو يبيعها، ولا يفيده ذلك غير إسقاط مقال المحبس، أو الواهب، أو البائع لذلك، فإن أثبت شيئا، وإلا قضي به لمن ثبت له ملكه، وقد أوضحنا هذا في الاستحقاق، انتهى(1).

[مسألة من حبس على بعض أولاده أثناء مرض الموت ثم رجع في ذلك]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي(2) عن أملاك حبسها رجل مسن، به مرض الإسهال اتصل بموته، يتصرف فيه على قدميه، على ولده حبسا ناجزا معقبا وحوزه فيها، فحازها عنه في وقت زاد مرضه فيه، زيادة منعته من التصرف خارج الدار، ثم رجع عن ذلك وأبطله، وصير الأملاك تورث عنه على فرائض الله خوفا من الله تعالى، لكونه كان قصد بذلك ضرر من عدا المحبس عليه، وهما بنت له كان تخاصم مع زوجها، وابن صغير كان طلق أمه، وخاف أن ترثه بعد وفاته، حسبما هو معلوم ثابت، ثم زاد المرض الموصوف زيادة عظيمة ألزمته الفراش فمات، فقامت البنت ونائب الابن الصغير، فأرادا الأملاك المذكورة محتجين بأن الحبس باطل بالرجوع، لكونه كان في المرض، كما وصف وبقصد الضرر، وبأن الواقف أيضا كانت الحمى به مع الإسهال إلى أن مات وأقاما بينة كاملة بالإسهال، وشهد لهما عدل واحد بالحمى.

---

(1) نقلا عن كتاب الفائق كما ذكر.

(2) اختصر المؤلف السؤال فلم تظهر فيه وقائع المسألة بالكامل، لذلك نقلت السؤال بالكامل من أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 81 / 1 .

فهل قصد الضرر كاف في بطلان الحبس أم لا ؟، وعلى عدم إعماله هل هو حبس معقب على وارث بمرض الموت، للمرض الموصوف واتصاله بالموت، وإبطال الرجوع، أم لا أثر لمرض الإسهال، ولعدم كماله نصاب شهادة الحمى المذكورة المؤثرة، فيصح الحبس ولا يعمل فيه الرجوع، لأجل التحبيس صحة وجوازا ؟، وما الحكم سيدي في المرض، هل هو من المسائل التي لا يكفي فيها إلا العدلان، لكونه ليس بمال، أو من التي تؤول إلى المال فيحلف مع الشاهدين، بين لنا ذلك ؟.

[الحبس في مرض الموت يأخذ حكم الوصية]

فأجاب بما نصه، بعد الصدر (ص 72 خ) إن المسألة هي من باب الوصية، لأن الحبس في مرض الموت، وإن كان ناجزا، فهو موقوف ولا ينفذ إلا بعد الموت من الثلث، وأما حوزه في المرض فمذهب المدونة أن لا عبرة بذلك الحوز، فإذا كان حكمه حكم الوصايا، فرجوع الموصي عنها، كما في فرض السؤال، مبطل لها، وأما شهادة الشاهد بالمرض هنا، فهي آيلة إلى الحبس.

وقد قال المتيطي : إن شهد شاهد بصدقة أو حبس على معينين، حلفوا مع شاهدهم واستحقوها، وإن كانت على غير معينين، حلف المشهود عليه ويبرأ، وإن نكل حكم به عليه، وإن كانت الصدقة أو الحبس على بني فلان فروى ابن الماجشون عن مالك : أنه يحلف الجل (ص 583 ت) معه وينفذ لجميعهم، وفي كتاب ابن حبيب : إن حلف منهم واحد نفذ له ولغيره، وروى محمد عن أصحابه أنه لا تجوز فيه اليمين مع الشاهد، انتهى.

[تصرف الموصي في حدود الثلث لا يعتبر ضررا للورثة]

وأما المضارة، ففي جواب لأبي الحس الصغير من نوازل المعيار : مشهور مذهب مالك وابن القاسم : أن الموصي لا يعد فعله مضارة ما دام في

الثلث، فإن ضار الورثة في الثلث مضى،[1] والله اعلم، والسلام[2].

[الوصية على الحبس وكيفية إثباتها بشاهد واحد]

وسئل عن بعض أولاد الموصي أعلاه[3] لما لم يجد رسم الوصية بالحبس أعلاه، بعد البحث عنه والتفتيش إلا بشهادة عدل واحد، وهو الأول من شهيدي الشراء أعلاه، قام ينازع في صحة الحبس المذكور، وأدلى في نزاعه بأن الحبس لا يثبت بمجرد شهادة العدل الواحد، وأمر هذا القائم بالحلف مع شهادة العدل المذكور، ويستحق نصيبه حبسا على الراجح من الأقوال في المسألة، كما في علمكم الكريم، فأبى من ذلك، فهل سيدي يكون نصيب من لم يحلف من أولاد الموصي مع الشاهد بالحبس أصلا بعد حلفه على عدم علمه بالحبس، أم بغير يمين، أجب مأجورا، والسلام ؟.

فأجاب بعد الصدر : إن المسألة فيها اضطراب، فقال ابن المواز : إنها مما لا يصح فيها اليمين، قال : وهو الذي يقوله أصحابنا، وقال غيره : إن هذا مما يكون فيه اليمين مع الشاهد، ثم اختلفوا في كيفية ذلك، والذي عزاه اللخمي لبعض شيوخه، وقال : إنه أقيس، وعزاه المازري لبعض شيوخ القرويين .

وقال ابن عبد السلام : إنه رجحه غير واحد، أنه إذا شهد شاهد بالحبس على العقب، فمن حلف ممن حضر، ثبت نصيبه في الحبس وحده، ومن نكل سقط حقه، وردت اليمين على المشهود عليه، فيحلف على رد شهادة الشاهد

---

(1) في مسألة الشيخ أبي الحسن الصغير إضافة، وهي : وفي المذهب قول إن المضار ترد، وإن كانت في الثلث إذا علمت بإقرار أو قرينة، المعيار، ص 368 / 9.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 81

(3) في أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ذكرت وقائع النازلة، ولكن المؤلف اختصر الوقائع والسؤال بشكل كبير، لذلك نقلت السؤال كاملا، وفيه إشارة للوقائع كما يلاحظ، وهي حدثت في سنة 1045 هـ..

ويبرأ، قال الإمام ابن مرزوق[1] في شرح المختصر : وحمل كلام المؤلف على هذا المعنى أرجح من حمله على أن من أمكنت يمينه إذا حلف يثبت الوقف للجميع، ويدل على ترجيح هذا (ص 73 خ) الحمل قوله: فإن مات، ففي تعين مستحقه من بقية الأولين أو البطن الثاني، تردد[2] فإنه لو كان يثبت الحق للجميع بحلف واحد، لما حسن هذا التفريع، والله تعالى اعلم، والسلام[3].

[تنبيه المؤلف على مسائل سابقة تتعلق بوقف الأرض والكتب والزيت]

وتقدم له في أول مسائل كراء الأرض، كلام على كراء الأرض المحبسة إذا كان فيها شجر، وفي أخر الورقة الثالثة من مسائل الأئمة والمساجد، كلام على الكتب المحبسة على موضع، هل يجوز أن يقرأ فيها بموضع أخر؟ وكلام على الزيت المحبس على مسجد، هل ينتفع به في غيره؟[4].

[إثبات الحبس بالشاهد الواحد مع اليمين]

وبخط الشيخ أحمد المكني، ومنها : يعني من مسائل سئل عنها الشيخ علي الأجهوري، عن الحبس وما في معناه، من سائر العطايا، هل يصح بالشاهد الواحد؟.

فأجاب : والمشهور أن الحبس يثبت بالشاهد واليمين، وما وقع في كلام الشيخ البساطي، من أنه لا يثبت إلا بشاهدين، فهو غير معول عليه، وفي كلام الشيخ خليل في مختصره ما يفيد هذا القول المشهور، في

---

(1) لعله محمد بن أحمد بن محمد بن مرزوق الحفيد التلمساني، الإمام المشهور والحجة الحافظ كان عالما جليلا له عدة مؤلفات، منها شرح المختصر، توفى سنة 842 هـ، نيل الابتهاج، ص 499 510 شجرة النور، ص 436 / 1، البستان، ص 201 214.

(2) مختصر الشيخ خليل، ص 268.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 96 97/ 1.

(4) تراجع المسائل في محلها.

قوله : وإن تعذر يمين بعض... إلخ كلامه، انتهى[1] انتهى.

[مسألة ضم الأحباس كلها في يد ناظر واحد والإنفاق عليها مجتمعة]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عما تقرر في البلاد الإدريسية[2] من ضميمة[3] أحباس جميع مساجدها ومدارسها، وجعلها نقطة واحدة، وإلى نظر رجل واحد، وإضافة جميع ذلك للمسجد الأعظم، والناظر المذكور ينظر بجميع المساجد، فأي مسجد ظهر فيه بناء، أو غيره من الأمور الضروريات لإقامة المساجد، وجه إليه من يقوم به من غلة الأحباس، إما يبنيه إن كان بناء أو يقيمه إن كان إقامة، ويكون نظره مسبولا على جميع المساجد، حتى يستوفي جميعها كل ما يحتاج إليه من حصر وزيت ومصابيح، وغير ذلك، اعتمادا على أن ما لله جائز صرف بعضه في بعض، وكذلك يفعل في المدارس، وغلة هذه المساجد متفاوتة، فخراج أعلاها لا يفي في الغالب بإصلاح ما يحدث فيها من البناء.

وتقرير هذا الأمر منذ مائة عام، أو ينيف عليها[4] وقد أقام بعض النظار المتقدمين أي قيام، وأحسن في ذلك، وبعض العاجزين فرط، ولم يسد من ذلك خلة واحدة، فتكاثرت عليه الإصلاحات، فما قام ولا فعل في شيء منها وقد استند فاعل ذلك إلى جواب للإمام العبدوسي في النازلة نفسها، حسبما

(1) يقصد قول الشيخ خليل : وإن تعذر يمين بعض كشاهد بوقف على بنيه وعقبهم، أو على الفقراء : حلف، ص 268.

(2) يقصد بها المغرب الأقصى في العهود القديمة، نسبة إلى عاصمتها فاس التي أسسها إدريس الأول، الموسوعة المغربية للأعلام البشرية والحضارية، ص 14 / 4.

(3) أي ضم الأحباس بعضها لبعض.

(4) هذا يدل على أن إدارة الأوقاف التي أنشأها سلاطين المغرب لم تكن في سنة 1116 هـ (1704 م) كما تشير إلى ذلك بعض المصادر، وإنما قبل ذلك بقرن أو يزيد، لأن الشيخ عبد القادر الفاسي الذي وجه إليه السؤال توفي بتاريخ 8 رمضان سنة 1091 هـ، وذكر في السؤال أن أمر إسناد إدارة الأوقاف مجتمعة في فاس قد تم منذ مائة عام أو يزيد، يراجع كتاب الوقف في الفكر الإسلامي للأستاذ محمد بن عبد العزيز بن عبد الله ص 309 / 2.

ذكر ذلك صاحب المعيار، رحمه الله[1] وأحدث فاعل ذلك اصطلاحا كبيرا يحتاج فيه إلى معاناة كبيرة ومشاق كثيرة، ورتب أجرة للقومة بهذه الأحباس من ناظر وشهود وكاتب وغيرهم، حصة معلومة لا يتجاوزها، وهذا الاصطلاح موجود بخط الإمام القاضي سيدي عبد الواحد الونشريسي، رحمه الله تعالى وعليه عمل القوم اليوم.

وآل الأمر اليوم إلى إقامة بعض المساجد من جميع ما تحتاج إليه، من بناء وحصر وزيت، وغير ذلك من الضروريات، مع أن خراج ذلك المسجد لو كان منفردا لم يكف في شيء من ذلك، وإلى تعطيل بعضها وعدم الالتفات إليه، وصرف النظر عنه، ولو برطل من الزيت في الشهر، مع أن خراجه أقوى وأعظم من خراج الآخر الذي هو مقوم من جميع ضرورياته، وإلى إقامة بعض المساجد، ليس لها في الحبس المضموم شيء، بل وبعضها لم يكن موجودا حين الضم أصلا.

فما يظهر لكم سيدي، حفظكم الله، في هذه المسألة، فهل يجب تفريق هذه الأحباس، ويرج كل إلى أصله، ويتبع لفظ المحبس في إبقاء الحبس على ما كان من إبقائه على المسجد الذي وقف عليه، نعم، إن كان ناظر الأحباس من المجتهدين، فخراج حبس كل مسجد يصل إليه مع زيادة كثيرة، لأنه في الحقيقة مفترق، والجمع إنما هو في الصورة فقط، لأنه إذا كان المسجد يقام من جميع ضرورياته وإصلاحاته، فقد صرف فيه أكثر مما يستفاد من أوقافه فخراج كل مسجد لا يكفي في استقصاء جميع ضرورياته قطعا، ودليل القطع التتبع .

وأيضا إذا قيل تفريق هذه الأحباس، ورد كل إلى أصله، يؤدي إلى

---

(1) المسألة التي أشار إليها السائل تتعلق بالمسجد الجامع من المدينة البيضاء، له أوقاف تصرف في ضرورياته من إمام ومؤذن وناظر وغير ذلك، وكل واحد له مرتب معلوم، ثم بعد ذلك فضلت فضلة من الغلة، فطلب الإمام زيادة مرتبه، وأحدثت وظائف أخرى تسدد من الغلة.. إلخ السؤال وكانت إجابة الإمام العبدوسي عليه بتاريخ 25 رجب سنة 825 هـ، المعيار، ص 5 7/ 6 .

تعطيل الأحباس، بل إلى خراب بعض المساجد، بل كلها، لأن فائدة كل واحد على انفراد لا تفي بجميع مطالبه، وإصلاح ربعه، فما الجواب عنه ؟، أو يبقى هذا الحبس منضما كما كان، ويجتهد في البحث على ناظر وقوميد[1] يقومون بأمر هذه الأحباس، وينظرون إلى ذلك بتقوى الله العظيم، ورجاء ثوابه الجسيم، والله لا يضيع أجر من أحسن عملا، ولا يخيب لراجيه أملا، بمنه وطوله.

وإذا بنيتم على التفريق، فما يفعل في أماكن اشتريت من المال المستفاد من غلة الأوقاف، ففي ماذا تصرف، وعلى أي حالة يكون أمرها، هل لأقوى المساجد خراجا، أو على قدر غلاتها، بينوا لنا جميع ذلك مأجورين والسلام ؟[2].

[جواز ضم الأحباس المتفرقة وجعلها بيد ناظر واحد]

فأجاب : أما جمع الأحباس، وضم بعضها إلى بعض، وجعلها بيد ناظر واحد، كما فعله من تقدم عصرة، فوجهه (ص 584 ت) من النظر أن يبقى الحبس محروسا بعين كالئة من النظار الشهود، متداولا معروفا، حتى لا تطول عليه السنون تحت يد أفراد الناس، فيدعي فيه الملكية، كما اتفق في كثير من الأحباس، وأما كيفية تفريقه بعد جمعه، وإن كان يقع صرفه عن محله إلى محل آخر، فذلك مما اختلف فيه، ووقعت فيه فتاوى من المتأخرين : -

(1) لم أجد الكلمة في مصادر اللغة المتوفرة لدي، ولعل اللفظ مشتق من القيم، بمعنى السيد وسائس الأمر، وقيم القوم الذي يسوس أمرهم، لسان العرب المحبط، ص 194 / 5، وهو ما يتفق مع متولي شؤون الوقف، والله اعلم.

(2) هذا السؤال على طوله حذفه المؤلف، واستعاض عنه بسطر واحد، وذكر أنه تركه لطوله ولمعرفته من الجواب، إلا أني حرصت على نقله كاملا من الطبعة الحجرية للأجوبة، نظرا لإشارته إلى دور وزارات الأوقاف والهيئات التي تشرف عليها، وقيامها بتجميع موارد الأوقاف كلها في جهة واحدة، إشرافا وجمعا للغلة، ثم الإنفاق عليها جميعا، أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 123

[مسألة السلف من مال الأحباس أو صرف بعضها في بعض]

ففي جواب لسيدي عبد الواحد الونشريسي، وقد سئل عن مال المساجد، وجلب في السؤال كلام القلشاني، على قوله في الرسالة : ومن حبس دارا.. إلخ، (ص 74 خ) ونقل الخلاف المعروف في صرف الأحباس بعضها في بعض، قال : ومن لم يجز صرف بعضها لم يجز السلف ؟.

فأجاب بما نصه : أما مسألة الصرف من مسجد لآخر على وجه السلف ففيه خلاف، وبجوازه جرى العمل بفاس، بفتيا من تقدم من فقهائها، بشرط أن يكون المسلف منها غنيا، لا يحتاج إلى ما أخذ منه حالا ولا مآلا، أو يحتاج في المستقبل بعد مضي مدة، يمكن فيها رد السلف، لنضوض غلة المسلف له ونحو ذلك[1].

وما نقله صاحب تحرير المقالة، يعني القلشاني[2] من طرر ابن عات عن بعض شيوخ الشورى بقرطبة من الخلاف في صرف رحاب أحباس المساجد بعضها في بعض، إلى أن قال : ومن لم يجز صرف بعضها إلى بعض، لم يجز السلف من بعضها لبعض، ومن أجاز ذلك أجاز السلف منها، صحيح المبنى واضح المعنى.

[علة الخلاف بين من أجاز ومن منع]

فالخلاف الذي ذكره في الصرف مبني على مراعاة اللفظ أو القصد فالمانع وقف عند لفظ الواقف، واتبع شرطه ما أمكن، ولم يعدل به عن ما عين، ولذلك قالوا في زيت المسجد الفاضل عن وقده : تغلظ فتائله، ويوسع على قومته من فضل غلته، بما لا سرف فيه، وقالوا في الوقف إذا خرب، وأراد

---

(1) في المعيار هذه الإجابة لمسألة سئل عنها الشيخ عبد الله العبدوسي، ص 45 / 7.

(2) كتاب تحرير المقالة في نظائر الرسالة، من تأليف محمد بن غازي العثماني، وقدر شرحه الإمام محمد الحطاب في كتاب تحرير المقالة في شرح نظائر الرسالة، حققه الدكتور أحمد سحنون ونشر في المغرب، 1409 هـ 1988 م، ولعل القلشاني له كتاب آخر بنفس العنوان لم أقف عليه.

غير الواقف إعادته، فللواقف أو وارثه منعه، وعللوه بأنه ملك لواقفه، وإن امتنع نقله عن الوقفية، إذ المملوك لا يتصرف فيه بغير إذن مالكه[1].

والمجيز ألتفت عن المقاصد، ورأي أن ما كان لله المواد منه واحد، فأباح صرف الفضل إلى نوع ما حبس فيه بالتحري والاجتهاد، ومراعاة المصلحة، فإن المسجد الغني قد تنقل عنه العمارة أو تقل، فتخف مؤنه ويكثر وفره، والمسجد الفقير قد تكثر عمارته وتقع الرغبة فيه، فتعظم مؤنه وتقوى حاجته.

وقال أصبغ وابن الماجشون : إن الأحباس إذا كانت لله انتفع ببعضها في بعض، وإذا جاز الصرف دون سلف، فجوازه مع السلف أحرى لتلافيه برد المثل فيه، وبقاء فضلات الأحباس المستغنى عنها موفورة عرضة لتلفها وامتداد (ص 75 خ) اليد العادية إليها (ص 585 ت) وقطع لأجرها عن المحبس، إذ هي صدقة، والصدقة لا ينتفع بها صاحبها إلا بإيصال نفعها إلى المحتاج إليها وإيقافها في مثل ما حبست فيه، غير خارج عن قصده، ولا يبعد عن مراده وهذا الذي ذهب إليه كثيرون، انتهى.

[الحبس إذا قصد به وجه الله يجوز أن يصرف بعضه في بعض]

ومن جواب أبي عبد الله القوري، أن المسألة ذات خلاف في القديم والحديث، والذي به الفتيا جواز ذلك عملا بما رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم، وبه قال ابن الماجشون وأصبغ، وأن ما أريد به وجه الله تعالى، لا بأس أن يصرف بعضه في بعض، هذا إن كانت لذلك الحبس غلة واسعة، ووفر بين كثير، يؤمن من احتياج الحبس إليه حالا ومآلا، وبالجواز أفتى ابن رشد في رم مسجد من وفر مسجد غيره، ولهذا ذهب الأندلسيون خلاف مذهب

(1) يشير المفتي إلى مسألة تميز بها الفقه المالكي، وهي اعتبار ملكية العين الموقوفة للواقف، وفي ذلك خلاف بين الفقهاء، وترتب على ذلك اختلاف في الأحكام، يراجع تفصيل ذلك كتابنا الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، ص 89 92، المحقق.

القرويين، والجواز هو الأظهر في النظر، ثم استدل لذلك وقرره، فانظر تمامه[1].

[الأحباس من سنتها أن تكون موقوفة على ما حبست عليه]

وفي جواب لابن الإمام : الأحباس من سنتها أن تكون موقوفة على ما حبسها عليه محبسها، ولا ينبغي نقلها، ولا يجوز أن تصرف إلى غير ما حبست عليه، ما دام المحبس عليه محتاجا إليها، وإنما يصرف الفاضل منها إلى نوع ما حبست فيه، فتصرف بالاجتهاد والتحري للعدل، إلى ما لا حبس له للضرورة الداعية إلى ذلك، [إذ هي بيوت الله كلها، والمراد منها واحد[2].

[الخلاف في الغلة التي تزيد عن حاجة الموقوف عليه]

وفي نوازل المعيار، من جملة جواب لبعضهم][3] بعد كلام، إلى أن قال : يجب صرف غلة الربع الموقوف على الموضع الموصوف في بنائه، وما يتعلق بمصالحه، ولا خلاف في ذلك، فصرف غلته إلى غيره، وهو بالحالة الموصوفة ممتنع باتفاق، وإنما الخلاف إذا فضل من الغلة عن الضروريات والحاجات شيء، مع احتياج بعض المساجد إليه، فقال ابن القاسم : لا يصرف، وقال غيره : بل يصرف.

وقال أصبغ وابن الماجشون في العتبية : إذا كانت الأحباس لله، جاز أن ينتفع ببعضها في بعض، وهذا مقيد بما ذكرناه، أعني بعد تقويم ما يقوم، كبناء

---

(1) في أصل المسألة بالمعيار : وهو الأظهر في النظر والقياس، يراجع بقية الجواب في المعيار ص 187 188 /2.

(2) بقية إجابة الشيخ ابن الإمام : فمن أخذ الفاضل على هذا الوجه طاب له، والله تعالى اعلم والتارك أفضل ممن أخذ على ما ذكرت لم يسغ له ولا يطيب له بوجه، تراجع المسألة في المعيار، ص 69 70/ 7.

(3) ما بين القوسين، سقط في (ت)، (خ).

الذي تهدم، فيبدأ من فائدة الحبس[1] بما يكون به إصلاحه، وبنا ما وَهِيَ منه حتى لو شرط المحبس خلاف ذلك لم يتبع، فالآخذ من فائدة الحبس قبل إصلاحه، يحب عليه رد ما أخذ[2].

وبما تقدم من سرد هذه (ص 76 خ) النصوص، يتبين لك وجه الفصل في المسألة، وفيما فرضه السائل من الصور، وأن محل الخلاف في المسألة ما إذا فضلت عن الحبس فضلة، هل تصرف في غيره، وأنه إذا كان محتاجا لغلته، لإقامته أو لبناء ما تهدم فيه، لا سبيل إلى نقل مستفاده إلى غيره، إذ لا فضلة حينئذ، ونقله إذ ذلك إلى غيره تغيير وتبديل، وأن من أطلق القول في جواز نقل الأحباس، وصرف بعضها في بعض، لا بد من تقييده بعدم احتياج المحبس عليه إلى ذلك.

[مسألة أحباس فاس وجواز جمعها وجعلها شيئا واحدا]

وأما ما أشار إليه السائل، من أن معتمدهم في الخلط والتفريق على تلك الحالة والكيفية (ص 586 ت) على فتوى الإمام أبي محمد العبدوسي، فلا شك أنها مذكورة في المعيار : -

ونص ذلك أنه سئل عن أحباس فاس، هل تجمع كلها نقطة واحدة؟ فأجاب، رحمه الله، بجواز جمعها وجعلها نقطة واحدة، وشيئا واحدا لا تعدد فيه، وأن تجمع مستفادات ذلك كله، ويقام منه ضروري كل مسجد من تلك المستفادات المجتمعة، ولو كانت بعض المساجد فقيرة فيوسع عليها من غنيها بحسب الحال، وقدم الجامع الأعظم قبل جميعها، ثم الأهم فألاهم[3] فرب

---

(1) هكذا في النسختين : وفي المعيار : فائد الحبس، والمقصود به : غلة الحبس، والله اعلم المحقق.

(2) ورد في نفس الإجابة : فيجب على الآخذ رد رد ما أخذ من الخراج المذكور، وهو جرحة فيه لأخذه ما لا يحل له، وإن مات أخذ من تركته، المعيار، ص 293 / 7.

(3) هكذا في النسختين وفي أجوبة الفاسي، أما في المعيار، الأعمر فالأعمر.

غني في خلاء لا يلتفت إليه فيتجاوز، أو يلتفت لكن حاله لا يقتضي زيادة على ضرورياته، ورب مسجد آخر فقير، ولكن بحيث يلتفت إليه، ويكثر المنتابون إليه، فيعتنى به، وكل ما يؤخذ من بعضها لبعض، فإنه يعد سلفا، لما عسى أن يحدث يوما من عمارة، أو أعمال، فيرد إليه ما يقيم به أوده، وبالله التوفيق، انتهى[1].

ثم إن هذه الفتوى التي اعتمدوها، هي غير ما تقدم من نصوصهم التي هي صريح الفقه، من اعتبار اللفظ أو القصد، وأن اعتبار القصد، عليه اعتماد المتأخرين في صرف فضلة الأحباس المستغني عنها حالا ومآلا، إذ ما كان لله ينتفع به فيما كان لله على القيد المتقدم، وأما خلطها وجمعها واحدا، ثم يتصرف فيها تصرفا آخر بوجه مصلحي، كما يفعل فيما جمعه بيت المال، فأمر آخر وراء ذلك.

[عدم جواز طلب الزيادة في المرتب من الأحباس المختلطة]

فقد سئل أبو إسحاق الشاطبي عن خلط الأحباس والزيادة منها في بعض مرتب (ص 77 خ) المساجد ؟.

فأجاب : إن كانت الزيادة من بيت المال، فلا نظر فيه[2] وإن كانت من أحباس المساجد، فالنظر فيها مبني على النظر في تلك الأحباس، فلا تخلو من ثلاثة أقسام : -

الأول : أن تكون معينة على مساجد بأعيانها، أو منافع بأعيانها، فلا يحل أن تصرف منافعها إلا فيما حبست فيه.

والثاني : أن تكون مجهولة لا يدري على أي مسجد حبست، فيجوز أن تصرف على الجملة في منافع المساجد، ولا يخرج عن ذلك، فلا تصرف في

(1) المعيار، ص 331 332.

(2) في (خ) فلا تظهر فيه، وفي المعيار : فلا نص فيه، وما أثبتناه من (ت) وأجوبة الفاسي.

فداء الأسارى، ولا في المساكين، ولا في إجارة على تعليم، أو تذكير، أو غير ذلك، لأنه من تغيير الحبس.

إلا أن في هذا القسم نكتة يجب التنبيه لها، وهي أن غالب الأحباس المختلطة اليوم، إنما كانت معينة على مساجد معينة، فافتقر إلى جمعها تحت إشراف ناظر إليها، ثم غفل عنها حتى اشتبهت، فصارت بالنسبة إلى منافع المسجد كبيت المال، وكحمل معين من الجملة لكل مسجد، على أنه بالاجتهاد فيما كان يحصل من أحباسه لو تعينت، فجعل له ذلك المقدار في المحاصة.

وإن كان كذلك، فلا ينبغي لمن كان إماما في مسجد، له أحباس مختلطة مع أحباس غيره، أن يطلب، أو يأخذ زيادة على ما عين له في (ص 587 ت) الاجتهاد القديم، لأن ما يزاد الآن، إنما يزاد من حصة غيره من المساجد وذلك لا يجوز، لأنه في معنى نقل الأحباس إلى غير ما حبست عليه.

[المال المجمع من الأحباس لا يماثل ما يوجد في بيت المال]

ثم قال: فإن قيل اختلاف الأحباس يصيرها كبيت المال، يجوز صرفه في مصالحه، تارة قليلا وتارة كثيرا، بحسب النظر المصلحي، فهذا من ذاك قيل ليس الأمر كذلك، لأن بيت المال لا يتعين له وجه، فأصله عدم التعيين وإذا عين لم يلزم، والأحباس أصلها التعيين، فإذا وجد التعيين فلا يتعدى، فإن لم يوجد أصل التعيين، فلا بأس من محاولة وجه يقرب من التعيين.

ثم قال: وأما القسم الثالث، وهو أن يكون الحبس معلوما أو مجهولا إلا أن المسجد (ص 78 خ) الفلاني مثلا، يعلم أنه لم يكن له حظ من تلك الأحباس، فهو أولى، ولا يجوز لإمامه أو مؤذنه، أو غيرهما أن يأخذ من حبس غيره شيئا البتة، انتهى[1].

---

(1) انتهت فتيا الإمام الشاطبي، المعيار، ص 101 102/7، وفتاوى الإمام الشاطبي، تحقيق أ، د محمد أبو الأجفان، ص 219 221.

[الصواب الاستعفاف عن أخذ الأرزاق من الحبس]

ومما نقل من خط سيدي رضوان[1] ما نصه : ما عمت به المصيبة في اختلاط الأحباس ينفق من هذا فيما يتعلق بهذا، وذلك تبديل لفظ المحبس ولفظه كالشارع، وهي داهية عظيمة عم الحرام بها أهل الصلاح، ممن يأخذ من الأحباس، يأكلون مال الغير ﴿وَتَحْسَبُونَهُۥ هَيِّنًا وَهُوَ عِندَ ٱللَّهِ عَظِيمٌ﴾[2]

وذلك بمنزلة كيس كبير جمع أموال أهل البلدة، ثم ينفق عليهم بالسوية فإن رأيت أن هذا صالح، فنحن لا نعلم ما قيل له في قبره، وحيث قال الله في التكاثر ﴿كَلَّا سَوْفَ تَعْلَمُونَ﴾ في القبر ﴿ثُمَّ كَلَّا سَوْفَ تَعْلَمُونَ﴾[3] في الحشر والصواب الاستعفاف عن أخذ الأرزاق من الحبس، لأجل هذه الواقعة، والله اعلم، انتهى.

فهذا ما تيسر جلبه من نصوص الأئمة الأعلام[4] والله يوفقنا للصواب في الإقدام والإحجام، والسلام[5].

[إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها ينفق في مثلها إذا لم تعد]

ومن خط الشيخ أحمد المكني ما نصه : وله، أي للشيخ محمد بن مقيل، جواب نصه : إن الحبس الكائن على وجه معين غير محصور، كالوقف

(1) لعله أبو الرضا بن عبد الله الجنوي الفاسي، الشيخ الإمام المحدث الصوفي، أخذ عن عدة أعلام، منهم الشيخ الخروبي، توفى بفاس سنة 991 هـ، شجرة النور، ص 286 / 1، وألف سنة من الوفيات، ص 318.

(2) النور : 15.

(3) التكاثر: 4 5.

(4) مسألة التصرف في فائض غلة الوقف من المسائل التي كثر فيها قول الفقهاء، وقد حاولت جمع آرائهم في كتاب الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، واستخلصت منها ثلاثة آراء الأول : بجواز صرفه إذا اتحدت الجهة الموقوف عليها والواقف، الثاني : عدم جواز إنفاقه على وقف آخر مطلقا، الثالث : جواز صرف الفائض في المساجد التي تزيد عن حاجتها لصالح مسجد آخر، مع بيان أدلة تلك الأقوال، ص 53 55.

(5) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 123 129/ 2.

على مصالح مسجد كذا، إذا تعذر ذلك الوجه، بخلاء البلدة ونحوه، فيه تفصيل بين أن يطمع في عوده إلى حاله، أو لا ؟، فإن رجي عوده إلى ما كان عليه، وقف له، وإن لم يرج عوده إلى حاله، صرف في مثله، حسبما يشير إلى ذلك قول الشيخ خليل : وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها، وإلا وقف لها انتهى[1].

قال الشيخ أبو عبد الله المواق في شرحه : ما مثاله، عياض : إن جعل حبسه على وجه معين غير محصور، كقوله : حبس في السبيل، أو في وقيد مسجد كذا، أو إصلاح قنطرة كذا، فحكمه حكم الحبس المبهم، يوقف على التأبيد، ولا يرجع ملكا، فإن تعذر الوجه بخلاء البلد، أو فساد موضع القنطرة حتى يعلم أنها لا يمكن أن تبنى، وقف إن طمع في عوده إلى حاله، أو صرف في مثله[2]، (ص 79 خ).

[الحبس على الغرباء يصرف لغيرهم إن تعذر وجودهم]

وسئل ابن علاق[3] عمن حبس على طلاب العلم الغرباء، إن لم يوجد غرباء ؟.

[فأجاب : إنه إن لم يوجد غرباء][4] دفع لغير الغرباء[5]، (ص 588 ت) قال : ويشهد لهذا مسائل المذهب، منها : فتيا سحنون في فضل الزيت على المسجد، أن يوقد منه في مسجد آخر، وفتيا ابن دحون[6] في حبس حصن

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 252.
(2) التاج والإكليل، للإمام المواق، ص 32 / 6.
(3) لعله أبو عبد الله محمد بن علي عرف بابن علاق الغرناطي، حافظها ومفتيها وقاضي الجماعة بها، له فتاوى كثيرة، نقلها الونشريسي في المعيار والإمام المواق، توفى سنة 806 هـ، شجرة النور، ص 247 / 1، وألف سنة من الوفيات، ص 135.
(4) ما بين القوسين زيادة يقتضيها السياق، وما ورد في الأصل مطابق لما نقله المواق، ص 32 / 6.
(5) مسألة في المعيار : ما كان حبسا على الغرباء من طلبة العلم، لا يدخل معهم طلبة القرآن، ص 264 / 7.
(6) هو أبو محمد عبد الله بن يحيى يعرف بابن دحون، أخذ عن أبي بكر بن زرب وغيره، توفى سنة 434 هـ، شجرة النور، ص 114 / 1.

تغلب عليه، يدفع في حصن آخر، قال : وما كان لله واستغنى عنه، فجائز أن يستعمل في غير ذلك الوجه، مما هو لله، ومنها فتيا ابن رشد في فضل غلات مسجد زائدة عن حاجته، أن يبنى بها مسجد تهدم(1).

[إذا تعطلت الجهة الموقوف عليها يصرف في مثلها أو يجتهد القاضي في ذلك]

وقال ابن عرفة : شبيه المصرف مثله إن تعطل، وفي نوازل الشعبي عن ابن المكوى : يجتهد فيه القاضي(2) انتهى.

[المساجد الخالية توقف غلة حبسها رجاء عودتها وإلا تنقل لأقرب مسجد]

وللشيخ محمد بن ناصر الدرعي [سئل عن أملاك مسجد، رحل سكان قريته، وجدوا آباءهم وأجدادهم يأكلون غلتها، ولا يدرون حقيقة قصد الواهب في هبته، لعدم وجود عقود، إلا أن الناس يقولون : متاع جامع كذا، فكيف يتم التصرف في الغلة](3).

فأجاب : أما المساجد الخالية، فيوقف ثمن غلتها إن رجي عودة العمارة إليها حتى تعمر، أو يئس من عمارتها، وإن لم ترج لها عمارة، نقل ذلك إلى أقرب مسجد يلي المسجد الخرب، جامعا كان أو غيره، وكذا ما تهدم منها بغير سبب، من خشب وغيره، ولا بأس لمن اشتراه للحرق أو غيره.

وأما ما علم أنه محبس على المسجد، مع الجهل بتعيين الوجه الذي يصرف فيه من المصالح، فيصرف في غالب ما يقصده أهل البلد في تحبيسهم على المسجد، وما عين وجه مصرفه، وفيه فضل، والغلة مأمونة كل عام، وكل

(1) التاج والإكليل، للإمام المواق، ص 32 / 6.
(2) الأحكام للقاضي أبي المطرف الشعبي، ص 164.
(3) لم ينقل المؤلف السؤال، ونقلته باختصار من الأجوبة الناصرية، ص 87.

غلة لا تعجز عن مؤونة سنتها، يصرف في غير ذلك الوجه من المصالح، والله اعلم[1].

[وقف على مسجدين يقسم عليهما والفائض لأقرب مسجد]

وسئل عن مسجدين لهما فدادين، وقسمهما الجماعة لهما، أيجوز أم لا ؟.

فأجاب : نعم يجوز [أن تقسم غلة المشترك بين المسجدين أو أرضه بحسب المصلحة، والفاضل عن مصالح المسجد من غلة يصرف إلى المسجد الأقرب إليه، لا إلى الفدان][2].

[المساجد التي لا تداوم فيها الصلاة، يجوز النقل من غلتها لغيرها]

وسئل عما حاصله : مساجد قرب القبور، لا فائدة بها إلا التوقي بها عن المطر والبرد، عند الدفن، وفي غير ذلك لا يصلي فيها أحد، قال السائل : وخطر ببالي أن نغطيه بالجير، وننقل الباقي إلى مساجد العمارة، ونخاف أن نضيع ماله فيه لقلة فائدته، انظر ما ظهر لك ؟.

فأجاب : افعل ما خطر في قلبك[3]، (ص 80 خ).

[لا يجوز البناء فوق المقابر ولو للمساجد، ويهدم ما بني فوقها]

وسئل عن قرية، بنيت في مقبرة قديمة، ومسجدها كذلك، وعظام الناس ظاهرة في البنيان، ومتى حفر الأرض يثيرون عظام الناس، أيجوز سكناها أم لا ؟.

---

(1) الأجوبة الناصرية، ص 87 ـ 88.

(2) ما بين القوسين كتب في النسختين بعد المسألة الثانية، وتم التصحيح من الأجوبة الناصرية، ص 88.

(3) لخص المؤلف السؤال بأسلوبه، دون إخلال بالمعنى، أما الإجابة فيه واحدة، الأجوبة الناصرية، ص 88.

فأجاب : لا يحل سكناها ولا بنيانها إذا كانت القبرة للمسلمين، ويجب هدمها على من له قدرة على ذلك، ولا تجوز الصلاة بمسجدها[1].

[من اشترى مصحفا فوجده محبسا يرد للبائع وإلا يكون عارية بيده]

وله رحمه الله : ومن اشترى مصحفا أو غيره من الكتب، فوجده محبسا، وتعذر رده للبائع، لغيبة بعيدة، أو لجهله، يقرأ فيه على أنه عارية بيده، حتى يجد ربه، انتهى[2].

[لا تكفي الكتابة على المصحف بل يجب إثبات الحبس]

قلت : هذا والله اعلم، فيما ثبت تحبيسه، لا فيما وجد مكتوبا فيه لفظ (وقف) أو لفظ (حبس) فقط، من غير ثبوت تحبيسه على وجه[3].

[لا تجوز المغارسة في أرض الحبس، وإن وقعت يعوض الغارس بقيمة غرسه]

وسئل[4] الشيخ عبد القادر الفاسي، عن رجل كان متوليا ما يحتاجه المسجد من سقف وبناء ومخزن الزيت عنده، وما فيه منتفع للمسجد، وله هو أجرة معلومة ما يساوي عمله، أو أكثر، ثم طلب منه رجل أرضا معروفة للمسجد يغرسها على أن يكون النصف للغارس، والنصف للمسجد، وعادة البلد في المغارسة ذلك، فغرسها بحدائق العنب، وأشجار التين، ولم يعط شيئا قبل الإطعام، إلى أن بلغ الجنان حد الإطعام، وصار يعطي ثلث غلة الجنان والثلثان يأخذهما هو، وبقي يعطي ذلك نحوا من ستة أعوام، ثم قدم رجل

---

(1) الأجوبة الناصرية، 87.

(2) الأجوبة الناصرية، ص 93.

(3) هذا تعليق من المؤلف، ويبدو أن هذا الرأي هو السائد آنذاك، أما في التشريعات الحديثة فيجوز إثبات وقف الكتب بالكتابة عليها، المحقق.

(4) لم ينقل المؤلف هذا السؤال في الأصل، ربما لطوله، أو لغرابة وقائعه عن البلاد، ورأيت نقله من الأجوبة للفائدة.

جباري من جبابرة الناس، شارب خمر، ليس فيه شيء يدل على صلاحه ونظره، وزعم أن بيده سؤالا لا يستحق المسجد فيما غرسه، إلا كراء الأرض وإن لم تغرس كلها أو لا، إلا بعد وقوع السؤال، فقوم له الأرض ذلك الجبار بشيء قليل، ومنفعة الجنان كثيرة جدا، ويعصر الغارس كله ربا خمرا وحلوا فهل سيدي يجوز له ذلك، أم لا ؟، فإن قلتم بالجواز، فهل من غير أجل أو لابد من ضرب الأجل، وإن قلتم بعدم الجواز، فهل عليه الغلة من حين بدأ حد الإطعام أو من الآن، وهل يستحق الغارس الأجرة على أنه قائم، أو منقوض؟ جوابا شافيا، وأجركم على المولى الكريم سبحانه ؟ .

فأجاب بما نصه: إن أرض الحبس لا يجوز إعطاؤها مغارسة، لأن ذلك يؤدي إلى بيع بعضها، فإن نزل ووقع ذلك في أرض محبسة (ص 589 ت) على مسجد، فإن كان للمسجد غلة، يعطى منها من غرس قيمة غرسه أعطيها ويخلص الغرس والأرض للمسجد، حبسا عليه، ولو لم يكن له غلة، شارك فيها الغارس بقيمة غرسه، تقوم الأرض غير مغروسة، ثم تقوم بغرسها، ولا يكون للغارس خيار في ذلك، فيقال له : أعط قيمة الأرض، فهذا أحوط للحبس، قال ذلك ابن الحاج القرطبي، ونقله في المعيار.

[استحقاق الأرض للحبس وعليها بناء يعوض الباني أو يدفع قيمة الأرض]

ثم قال ابن الحاج : وقد رأيت لسحنون في الأرض إذا استحقت بحبس وفيها بنيان، أنه يقال للمستحق، إذا أبى المحبس عليهم أن يعطوا قيمة البناء أعطهم قيمة الأرض، ويبتاع بها أرض أخرى، تكون حبسا في السبيل التي كانت عليه الأولى، انتهى[1] ويجرى هذا القول أيضا، إذا عجز المسجد عن إعطاء قيمة الغرس، والله اعلم[2] .

(1) فتوى الشيخ عبد القادر الفاسي، مطابقة لما قاله ابن الحاج، المعيار ص 171 172/ 2

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 140 / 1.

[إذا لم تكن للحبس غلة يعطى منها للغارس قيمة غرسه، فيأخذه مقلوعا]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل، بما نصه: رجل أخذ أرض وقف على مسجد بالمغارسة، وأتم مغارسته، وأخذ نائبه منها بالقسمة وباعه، تم الآن أراد ناظر الوقف (ص 81 خ) فكه من يده مجانا، هل له قيمة غرسه، ويقضى له بنها من غلة الوقف، أم لا ؟، وهل يأخذها قائمة أو منقوضة ؟.

فأجاب بعد الافتتاح: قال بعض الشيوخ: لا يجوز إعطاء الأرض المحبسة مغارسة، لأنه يؤدي إلى بيع بعضها، فإن وقع وفات، وكان للحبس غلة، أعطي منها حتى تخلص الأرض والغرس للحبس، وإن لم يكن له غلة اشتركا في ذلك على القيم، قال الأجهوري في شرح المختصر: وقوله اشتركا في ذلك على القيم، أي قيمة الأرض وقيمة الغرس يوم وضعه في الأرض، مع أجرة العمل، وفيه نظر ! ؟.

إذ يتضمن بيع جزء من أرض الوقف، ألا ترى أنه لو هلك الشجر استمر لواضعه حصته من الأرض ! ؟، والذي ينبغي إذا لم يكن للوقف غلة يعطى منها قيمته منقوضا، أن تقلع غروسه ويأخذها، بل هو الواجب، كما يدل عليه قوله، أي صاحب المختصر: إلا المحبسة فالنقض[1] والله اعلم، وكتبه العبد الفقير، محمد بن محمد بن مقيل، انتهى[2].

[حكم البناء والغرس فوق أرض الحبس]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، مسألة من جملة مسائل سئل

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 229.

(2) يعتبر رأي الشيخ ابن مقيل هو أقرب الآراء للمشهور من مذهب الإمام مالك، لموافقته لرأي الشيخ خليل، ولأن عقد المغارسة باطل لعدم جواز قيام المغارسة في الأرض المحبسة، وهنا اعتبر الغارس سيئ النية، فأعطاه قيمة غرسه منقوضا، إذا كان للوقف غلة، أو يقوم بإزالته وأخذه منقوضا، والله اعلم، يراجع كتابنا مباحث في الوقف الإسلامي، مبحث خاص عن حكم المغارسة في أرض الوقف، ص 110 118، نشر 2007م طرابلس .

عنها الشيخ سيدي على الأجهوري، وهي : الباني والغارس في الأرض المحبسة عليه وعلى آخر عقبه، وبين أن ذلك للورثة ملكا، فما الذي يكون للوارث من بعده، من البناء والغرس ؟.

فأجاب بخطه : إذا بنى المحبس عليه، أو غرس فيما حبس عليه، وبين أنه ملك، فإنه يكون ملكا له، وله أنقاضه، لأن من بنى أو غرس فيما يملكه ثم استحق بحبس، فإنه يجب له النقض، فكذا هذا، بل هو أولى، وإذا رأى الناظر إعطاء قيمة النقض مصلحة، وساغ له ذلك، فإنه يعطى قيمة النقض انتهى.

[الخلاف بين الفقهاء في حكم البناء والغرس فوق أرض الحبس]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، أيضا ما نصه : مسألة من مسائل سئل عنها (ص 590 ت) الشيخ سيدي محمد الصالح الحضيري الفزاني ونص السؤال بعد الصدر : قد سئل ابن رشد، عمن بيده فندق، حبس منه طبقتين، إلا أن بعض السفل اصطبل (ص 82 خ) للدواب، وسائره للسكنى فعمد المحبس عليه وهدمه للأرض، وجعله طبقتين للسكنى، وبناه بناءً جيدا ولم يذكر وجه بنائه، فأراد ورثته أن يرثوا ما زاد من البناء ويتملكوه، ومنعهم صاحب المرجع، وقال : هو حبس ؟.

فأجاب : بأن في هذا اختلافا كثيرا بين أهل العلم، والذي أتقلده، وهو الصحيح عندي، أن ينظر إلى قيمة البنيان الذي بناه، فما زاد على قيمة ما كان هدمه، فإن استوفى تلك الزيادة في حياته، من فضل غلة الفندق على ما بناه وما كان عليه، فلا حق لورثته فيما بناه بعد ذلك، وإن لم يستوف ذلك استوفاه الورثة من الغلة المذكورة، على نحو ما سبق، ومضى حين البنيان، كذا نقله بعضهم[1].

---

(1) مسائل أبي الوليد بن رشد، ص 405 / 1، والنقل مطابق.

ولا شك أن هذا خلاف ما اقتصر عليه صاحب المختصر، حيث قال : فإن مات ولم يبين فهو وقف[1] إذ قد صرح في السؤال، بأنه لم يذكر وجه بنائه، وهو عين مسألة المختصر، ولا توقف عندنا في التعويل على مقتضى كلام المختصر، حيث بين الباني أن بناءه وقف، أو مات ولم يبين، وإنما محل التوقف إذا بين الملكية، هل يكون له ما زاده بناؤه في قيمة الأرض، على ما كانت عليه بدونه، ويكون له ولورثته من بعده استيفاء ذلك من فضل ما بين غلة الوقف مع زيادة بنائه، وغلته بدون ذلك ؟، كما يفيده كلام ابن رشد المتقدم أم لا يكون له إلا حمل أنقاض بنائه، إن لم يوجد من يعطيه قيمته منقوضا ويلحق بالوقف ؟، أفيدونا ما يكون عليه التعويل في ذلك ؟ .

فأجاب : وأما السؤال الثالث، المسؤول عنه ابن رشد في المحبس عليه يبني في الحبس، ثم يموت ولم يذكر وجه بنائه، فجواب ابن رشد فيه، إنما هو على قول ابن القاسم، وهو خلاف قول مالك الذي مشى عليه صاحب المختصر، والذي مشى عليه هو المذهب، والظاهر أن قوله أيضا، والذي أقول به وأتقلده، أن ينظر إلى ما زادت قيمة البنيان الذي بناه، على قيمة البنيان الذي هدمه، إلى آخر كلامه، خلاف ما تلقيناه عن أشياخنا أنه إن بين الملكية، يكون له النقض ملكا، فينقض، ويتصرف فيه كيف شاء (ص 83 خ) لأن النقض للباني يقضى به دينه، ويورث عنه بعده، منفصلا عن أرضه، إن لم يتطوع أحد بدفع قيمة نقضه.

وبهذا قرر شيخ شيوخنا، الشيخ سالم السنهوري في درسه، وأفتى به لفظا وكتابة، ويشهد له قول الشيخ خليل في باب الاستحقاق : إلا المحبسة فالنقض[2] فيكون هو (ص 591 ت) المعتمد المعول عليه، وما أجاب به ابن رشد خلافه، وربكم أعلم بمن هو أهدى سبيلا، انتهى، بعضه من خط الشيخ أحمد المكني، وبعضه من خط غيره بإذنه.

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 253.

(2) مختصر الشيخ خليل، ص 229.

[مسألة في صرف غلة الوقف على المحاجير وشرط تحققها]

وسئل سيدي محمد الصالح الحضيري الفزاني، من جملة المسائل وأظن أن السائل له الشيخ محمد بن مقيل، رحمه الله، بما نصه: صرف غلة الوقف في صالح المحجور الموقوف عليه، هل تحققه هو الشرط في صحة الحبس؟، فإذا احتمل صرف الغلة في مصالح المحجور، أو في مصالح الأب، بطل الوقف أو الشرط عدم تحقق صرفه في مصالح الأب، فلا يضر الشك في صرف الغلة في مصالح المحجور؟.

فأجاب: إن صرف الغلة في مصالح المحجور، لا بد أن يكون محققا وأما إن شك هل صرفها للمحجور أم لا، فالحبس باطل :-

[حوز الوقف على الصغير أو المحجور عليه]

فقد سئل عن مثل هذا، شيخ شيوخنا، سيدي الشيخ إبراهيم اللقاني وتبرع بزيادة فوائد في الجواب، فقال: الذي تحرر لي من كلامه خدمة سيدي الشيخ خليل وغيرهم، فيمن وقف، أو تصدق، أو وهب لمحجوره، إن دار سكناه على ما قاله المصنف في باب الهبة من التفصيل، حيث حصل مانع من فلس، أو جنون، أو مرض مات فيه، وإن سكن واحدة من دور عدة[1] كسكنى البعض سواء، وفيها خلاف، وأن المحجور والصغير والكبير في ذلك سواء وفي الكبير خلاف ذكره البساطي.

وأما غير دار سكناه، فعلى ما شرط المصنف في باب الوقف من الشروط الثلاثة، إذ مجموعها هو الحوز الحكمي، نعم وقع خلاف بين المتيطي[2] وجل

---

(1) توجد طرة في نسخة (خ) جاء فيها: انظر قوله: وإن سكنى واحدة. إلخ، انتهى بخط مؤلفه.

(2) هو أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم المتيطي، تتلمذ على مشايخ عصره في فاس وسبته وألف كتاب النهاية والتمام، المعروف اختصارا بالمتيطية، توفى سنة 570 هـ، معجم المؤلفين ص 129 / 7، جذوة الاقتباس، ص 280 / 2.

الموثقين في الإشهاد على الحوز مع التنصيص عليه، زائدا على الإشهاد على أصل الهبة، فشرطه جل الموثقين، ولم يشترطه المتيطي[1] ومال ابن عرفة إلى موافقة جل الموثقين، وسبقه إليه ابن عبد السلام (ص 84 خ) في شرحه مختصر ابن الحاجب .

[يشترط تحقق صرف الغلة للمحجور الموقوف عليه]

ثم صرف الحاجر للمحجور المحبس عليه الغلة، ظاهر كلام الجميع، لا بد من تحققه، لأن المنازع للمحجور، الورثة أو الغرماء، لا الحاجر، كما أشار إليه التتائي، خصوصا المصنف، بل الله ثراه بالرحمة، فإنه عبر (بإذا) التي للمحقق، دون (إن) التي للمحتمل، مع أنها أخص منها، فلا يعارضه قوله في الوصية : القول قول الولي، في قدر النفقة[2] زاد ابن غازي، ثمة : وفي أصل النفقة أيضا، لأن النزاع هنا بين الغرماء أو الورثة، وبين المحجور، كما علمت، وثمة النزاع بين الحاجر ومحجوره، والحاجر أمين، والله يقول الحق وهو مهدي السبيل، انتهى كلام الشيخ اللقاني.

وإنما سقناه (ص 592 ت) برمته لما اشتمل عليه من الفوائد، ولتعلم أنه ليس لنا بعد كلام هذا الإمام، المحقق القدوة كلام، وبمثل جوابه أجاب الشيخ الحافظ سيدي أحمد المقري، وذكر ابن عبد السلام في شرح ابن الحاجب خلاف هاتين الفتويين، ونصه : وإن علم تصرفه وأشكل، هل كان يتصرف لنفسه، أو في الوجه الذي عليه حبس، فظاهر مسائلهم تدل على أن الحبس ماضي حتى يتبين خلافه، انتهى.

---

(1) جاء في اختصار المتيطية لابن هارون : فإن لم تذكر الحوز لم يضر ذلك، لأن الإشهاد بالصدقة على الأصاغر يغنى عن ذلك، إلا فيما يسكنه الأب أو يلبسه، فلا بد من التخلي عن ذلك، ص 180، جزء من كتاب مختصر النهاية والتمام، رسالة ماجستير، قدمها الطالب محمد عثمان الإمام، نوقشت في جامعة الفاتح، بتاريخ 24 / 7 / 2005.

(2) مختصر الشيخ خليل، ص 306.

[بطلان الحبس الذي يتم فيه حرمان البنات]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل، عن رجل حبس عقارا له على بناته، إن لم يوجد له ذكر، فإن وجد له ذكر، استقل بالحبس، وكان للأنثى مدة صغرها السكنى والاستغلال والتشور[1] فإذا تزوجت سقط حقها، فإذا تأيمت ولم يكن لها من تجب نفقتها عليه، عادت للسكنى في الحبس، وتناولت منه ما يسد حاجتها، على هذا المعنى انعقد التحبيس، ثم إنه وجد للمحبس ذكور، وقد انقرضوا بعد انقراض المحبس، ولم يدر الآن، هل مات المحبس قبل بلوغهم مبلغ الحوز، أو بعد ذلك ؟، وعلى تقدير موته قبل البلوغ مبلغ الحوز، فلا يدري هل صرف الغلة لهم، أو في مصالحه ؟، وعلى تقدير أنهم بلغوا مبلغ الحوز، فلا يدري هل وقع منهم حوز قبل المانع، أو تراخوا إلى وجود المانع ؟، فهل يكون الحبس المذكور باطلا لما ذكر مع ما انعقد عليه من حرمان البنات في الجملة، أم هو صحيح؟[2].

وجوابه بعد (ص 85 خ) الصدر : إن الذي يظهر في الحبس الموصوف الإبطال، أما على ثاني التقديرين المسطورين في السؤال، فواضح، وأما على التقدير الأول، فلإن ظاهر كلام المختصر، إن صرف الغلة في مصالح المحجور المحبس عليه، من شرط صحة الحبس، وقد فرض في السؤال عدم تحققه، والشك في الشرط كتحقق عدمه، وبهذا وقعت الفتوى في المسألة بالذات من الشيخ أبي العباس المقري، وتقرير الشيخ علي الأجهوري لكلام

(1) لعله يقصد بالتشور، جهاز عرسها.

(2) ما زالت هذه المسألة تشغل بال الناس إلى عهد قريب، وقد أفتى الشيخ الطاهر الزاوي، مفتي ليبيا، رحمه الله، بتحريم هذا النوع من الأوقاف، وذكر الأدلة التي يستند إليها في ذلك، وقال عن الحبس على البنين دون البنات : إنه عرف جاهلي كما قال الإمام مالك، ويحرم العمل به وباطل لأنه لا يستند إلى دليل لا من كتاب الله ولا من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، مجموعة فتاوى، ص 25، وفي تفصيل هذه المسألة يراجع كتابنا : الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، ص 123 125.

المختصر، مما يخالف ذلك من جملة قوله : وصرف الغلة على ما إذا ثبت ذلك أو احتمل، فيكون الشرط عدم ثبوت شرطها في مصالح الأب محل نظر ولا ينبغي التعلق به في خصوص هذه المسألة ذهابا إلى تصحيح الحبس الموصوف، لما انعقد عليه من الدخول على حرمان البنات في الجملة .

فقد استظهر بعضهم بهذا المعنى وحده، بطلان ما إذا اشترط رجوع الوقف للبنات بانقراض جميع الذكور، نوزع من قاس بطلان هذه المسألة، على مسألة ما إذا شرط إخراج البنات عند تزوجهن، فإنه يمكن أن يقال : إنما بطل الوقف في شرط إخراج الأنثى عند تزوجها، بأن في ذلك إجراما (حرمانا) لها على التأبيد، بخلاف المسألة المقيسة، فإن الإجرام فيها مدة، ويعود لها على التأبيد (ص 593 ت) فلا يتم القياس، واستظهر المنازع البطلان، لكن لا بالقياس على ما ذكر، بل نظرا إلى الحرمان في الجملة، كما أشرنا إليه وبالجملة فالذي يظهر في الحبس المنعقد على الوجه المذكور في السؤال البطلان، والله سبحانه اعلم، انتهى من خط الشيخ أحمد المكني.

[إخراج بنات الصلب من الحبس مبطل له إلا إن حكم به حاكم]

ولسيدي محمد الصالح [الحضيري] الفزاني، ما نصه : إخراج بنات الصلب من الحبس، مبطل له، ولو شرط أن من تأيمت منهن تأكل، فهذا الحبس باطل، إلا أن يحكم به حاكم غير جائر، أو جاهل، والله اعلم.

[بيان سند الحكم بصحة الحبس وسند الحكم ببطلانه]

فكتب بعده الشيخ محمد بن مقيل، ما نصه : ما اعتمده الشيخ العالم الأجل من الفتوى ببطلان الحبس، لحرمان بنات المحبس، حيث لم يحكم الحاكم الشرعي بصحته، معلوم المستند في المذهب المالكي، والمسألة شهيرة الخلاف، وقد حصل فيها الإمام ابن عرفة سبعة أقوال، فحيث وقع الحكم الشرعي بالصحة (ص 86 خ) كان من مستنده قول ابن القاسم : إن فات ذلك

مضى على شرطه، وفوته عنده، حوزه عن المحبس، كما تقرر في موضعه، وبهذا القول جرى العمل عند بعضهم[1].

وأما الفتوى بالبطلان، فمن مستندها سماع ابن القاسم، إذا حبس على ذكور ولده، وأخرج البنات إذا تزوجن، فإن الشأن أن يبطل، ذلك ما اقتصر عليه صاحب المختصر في المسألة، معلوم، انتهى[2].

[العمل بشهادة السماع في الحبس الذي تقادم عهده]

ولابن الإمام[3] في المعنى، ما نصه: أما القضاء بشهادة السماع بشروطها، فيما تقادم عهده من الأوقاف، فنصوص متقدمي ولات[4] قصرت المذهب المالكي ومتأخريهم بإعمالها في ذلك، لا تكاد تنضبط عدتها، وأما رفع حكم الحاكم للخلاف، فهو المعهود لديهم باعتبار القضية المعينة المحكوم فيها، وأما قصر الوقف على بني الواقف، بإطلاق أو تقييد، فحصل فيه ابن عرفة سبعة أقوال، وحكم القاضي بأحدها ماض لا سبيل إلى نقضه، إنما ينقض ما خالف قاطعا أو جلي قياس، حسبما هو معهود في محله، انتهى، ومن خطه نقلت في حبس مدعي به.

[الوقف على البنين دون البنات جرى العمل بصحته وعدم فسخه]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه: جواب لسيدي

---

(1) قال ابن القاسم في العتبية: إذا فات فهو على ما حبس، وإن كان المحبس حيا، ولم يحز الحبس، فأرى أن يفسخه، ويدخل فيه الإناث، فإن كان قد حيز، أو مات، فهو فوت، وهو على ما جعله عليه، البيان والتحصيل، ص 204 / 12.

(2) قال الشيخ خليل: وبطل.. أو على بنيه دون بناته، ص 251، ولكن الذي جرى عليه العمل هو قول ابن القاسم، حيث وجدت أوقاف كثيرة ليس للأنثى فيها سوى عند الاحتياج.

(3) هو الشيخ محمد بن أحمد الإمام، تقدمت ترجمته.

(4) هكذا في النسختين، ولعلها ولاتة، وهي مدينة في منطقة الحوض الشرقي لشنقيط، ينسب لها بعض العلماء، بلاد شنقيط المنارة والرباط، ص 480، معجم المؤلفين، في ترجمة محمد الولاتي، ص 108 / 12.

محمد بن عبد القادر الفاسي، في الوقف على البنين دون البنات، ما الذي به الفتوى فيه ؟، ونصه : -

وأما مسألة الوقف فقد جرى العمل فيها بفاس على خلاف المشهور حسبما أشار إلى ذلك الإمام أبو الحسن على بن قاسم الزقاق في لاميته، وقال الشيخ الفقيه أبو عبد الله سيدي محمد ميارة في شرحها، ما نصه :-

التحبيس على البنين دون البنات، جرى العمل بصحته وعدم بطلانه وقال ابن القاسم : لكن بعد فوت، المواق : سمع ابن القاسم : إذا حبس على ولده، وأخرج البنات منه إذا تزوجن، فإن الشأن أن يبطل ذلك، ورأي ابن القاسم : إذا فات ذلك أن يمضي على ما حبس، وإن كان حيا لم يحز عنه الحبس، فليرده (ص 594 ت) ويدخل فيه البنات، وإن حيز عنه أو مات، مضى على شرطه، ولم يفسخه القاضي، انتهى.

وانظر الحطاب، عند قول الشيخ خليل : واتبع شرطه إن جاز[1] نقل عن ابن عرفة أنه تحصل في المسألة سبعة أقوال، وما جرى به العمل من صحته وعدم فسخه، جار على القول الخامس عنده بجوازه، وكذا على السادس بكراهته (ص 87 خ) والله اعلم، انتهى[2] انتهى.

[إذا جعل الواقف للموقوف عليه بيع الحبس عند الحاجة]

وسئل الشيخ علي الأجهوري، إذا جعل الواقف لمن وقف عليه، البيع مع الحاجة، وشرط ألا يبيع إلا من شريكه، فهل له البيع من غير الشريك، مع استقلاله بالوقف، أو مع وجود الشريك المفلس ؟.

فأجاب بخطه على ما قاله الشيخ أحمد المكني، بما نصه : إذا جعل الواقف للموقوف عليه، البيع للحاجة، وشرط ألا يبيعه إلا من شريكه في

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 252، وشرحها الإمام الحطاب في مواهب الجليل، ص 35/ 6 .

(2) مواهب الجليل، للإمام الحطاب، ص 35 / 6.

الوقف، وتعذر البيع للشريك، إما لاستقلال من احتاج بالوقف، أو لفلس شريكه في الوقف، أو نحو ذلك، فإن له بيعه لأجنبي حيث احتاج، لأن غرض الواقف سد حاجته، كما هو ظاهر شرطه، وألفاظ الواقفين تحمل على مقاصدهم، انتهى[1].

[الحبس المباع على الصفة السابقة هل يكون حبسا أو ملكا خاصا]

قلت :[2] ولم يتعرض الشيخ لحكم المشتري من أجنبي أو شريك، هل يتصرف فيما اشتراه بأنواع التصرفات، أو يرجع حبسا ؟، وكيف لو شرط أن يكون حبسا، هل يعمل بشرطه أم لا ؟، لأنه لم يسأل عن ذلك.

وقد رأيت لبعض المفتين من أهل طرابلس، أنه يعمل بشرطه، ومن أخذ منه شيئا – والحالة هذه - رجع حبسا لا ملكا، ولم يدعمه بنقل، فانظر في ذلك وحرره بالنقل، وأجرك على الله رب العالمين[3].

[إذا سمح الواقف للوقوف عليه بالبيع فلا يباع إلا بشروطه]

وقد رأيت من هذا، لوالد سيدي محمد بن عبد الله المكني، بعد كلام في حبس، اشترط محبسه البيع للأقارب، ما نصه : ولا يجوز لهم التصرف في

(1) حرر هذه المسألة الإمام يحيى الحطاب في كتابه شرح ألفاظ الواقفين والقسمة على المستحقين وجلب نصوص الإمام مالك وابن رشد وغيرهما، والظاهر جوازها بشرط إثبات الحاجة وأداء اليمين، إلا أن يقول المحبس هو مصدق في ذلك، وعليها عدة تنبيهات، ص 180 187.

(2) التعليق من المؤلف، يتضح ذلك من أسلوبه في مناقشة ما ورد في الفتوى، والطلب من الواقف عليها أن يحرر المسألة.

(3) الراجح أنه يرجع ملكا صرفا وليس حبسا، نقل الشيخ يحيى الحطاب في كتابه شرح ألفاظ الواقفين، مسألة شراء الواقف وقفا سابقا أبيح بيعه، فأجاز ابن لبابة ومحمد ابن القاسم، قالا : يعود إلى ملكه، ويصير مالا من أمواله، يفعل به ما أحب، وقال أحمد بن بقي : ذلك جائز إلا أن فيه علة العود في الصدقة، وقاله غيره من أهل العلم، نقلا عن المتيطية، شرح ألفاظ الواقفين، ص 187، أما بيعه ليكون حبسا، فذلك يتوقف على رضى المشتري بذلك، والله اعلم.

الحبس المذكور ببيع ولا غيره، إلا على حسب ما نص عليه المحبس، لأنه يجب اتباعه حيث جاز، فإن بيع شيء منه لأجنبي، وجب رده، وكان للمشتري قيمة بنائه منقوضا، وحوسب بما اغتل منه إلا أن يعذر بجهل، انتهى.

[الشروط التي يجب توافرها في شهادة السماع على الحبس]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه : وسئل شيخنا العلامة سيدي علي الأجهوري، عن مسائل، من جملتها، الحبس عن طريق السماع الفاشي المستفيض[1] هل لا بد من تفسير التعقيب والمرجع، كما نص عليه الشيخ أبو الحسن المتيطي في وثائقه، والشيخ المتفنن ابن راشد القفصي في الفائق، ودرج على ذلك جل أهل الوثائق، وهو عندهم أمر لا بد منه، لا يصح السماع بدونه، وينخرم بعدم ذكره، أم ذلك شرط كمال، كما زعم بعض قضاة الوقت، واستدل بظاهر الكتب؟، (ص 88 خ).

فأجاب : رحمه الله، بما نصه بعد الصدر : اعلم أن ما ذكره المتيطي ومن تبعه، من أنه لا بد في شهادة السماع بالحبس، من تفسير العقب والمرجع، إن أراد به أن صحة الشهادة المذكورة تتوقف عليه، فهو خلاف ما دل عليه كلام الشيخ أبي الحسن في شرح المدونة، والشيخ ابن ناجي، وابن غازي في تكميل التقييد، وابن فرحون، وغيرهم ممن وقفنا على كلامه، من أن شهادة السماع في الحبس لا تتوقف (ص 595 ت) صحتها على ذلك.

[ما يجب كتابته في الوثائق عند تلقي شهادة السماع في الحبس]

وفي كلام المتيطي أولا، ما ظاهره يوافق، وتتبعه عليه ابن هارون[2] في

---

(1) شهادة السماع : قال عنها الإمام ابن رشد : الشهادة بما علم من جهة الأخبار المتواترة، جائزة كالولاء والنسب .. المقدمات، ص 272 / 2، وفي شرح التحفة : شهادة السماع قسمان : قسم يفيد العلم، سواء بلغ حد التواتر المفيد للقطع، وقسم ما لا يفيد العلم ولا الظن القريب منه وهذا الذي يقصده الفقهاء، إذا أطلقت شهادة السماع، وهي التي توجب الحق مع اليمين، شرح التحفة للتسولي، ص 132 / 1.

(2) هو محمد بن هارون الكناني، صاحب كتاب مختصر المتيطية، تقدمت ترجمته.

اختصاره، فقال : وتجوز الشهادة على السماع في الحبس، وتقول في كتابة ذلك : شهوده يشهدون، أنهم لم يزالوا يسمعون سماعا فاشيا، من أهل العدل وغيرهم، أن جميع الدار المذكورة بكذا، لم تزل تحاز بحوز الأحباس وتحترم بحرمتها، وأنهم يحوزونها بالوقوف عليها شهداء، فإن أسقطت من العقد أنها [لم تزل][1] تحاز بحوز الأحباس، بطلت الشهادة، ولم يقض بها[2] ثم قال بعد ذلك بنحو الصفحة، مسالة : ولا تعمل الشهادة على السماع في الأحباس، إذا لم يفسروا التعقيب والمرجع، وهي ساقطة[3].

وما ذكره من أنه لا بد في شهادة السماع من ذكر أنها تحاز بحوز الأحباس، هو المعتمد في المذهب، كما يدل عليه كلام من ذكرنا، وهل لا بد من معرفتها ذلك وقطعها به، أو يكفي سماعها ذلك أيضا ؟، فيه خلاف وظاهر ما ذكره ابن عرفة، اعتقاد الأول، وعليه ابن رشد، عزاه للمدونة وظاهر الأمهات، الثاني، واستظهره أبو الحسن.

[لا يشترط تفسير التعقيب والمرجع في الشهادة]

وأما ما ذكره من أنه لا بد فيه من تفسير التعقيب والمرجع، فهو غير معول عليه، إن أراد أنه شرط في صحتها، كما تقدم، ومعنى كونها تحاز بحوز الأحباس، أن من مات من المستحقين، لا ترث ورثته حصته، كما يورث عنه ملكه، وهو معنى قولهم تحترم بحرمتها، كذا ذكر ابن أبي جمرة مع المتيطي ثم أنه لا يشترط أن تجمع بين اللفظين، بل أحدهما كاف، انتهى.

[إذا لم يذكر الواقف نصيب من مات وليس له أولاد أو أخوة يكون للجميع]

ومن خطه أيضا، وله، أي الشيخ محمد بن مقيل، جواب أيضا نصه: إذا

---

(1) ما بين القوسين، سقط في (ت)، (خ).

(2) مختصر المتيطية، لابن هارون، الجزء المحقق، ص 226 227.

(3) مختصر المتيطية، المصدر السابق، ص 231.

لم ينص في (ص89 خ) الحبس على من يرجع إليه نصيب من مات، ولم يترك أبناء ولا أخوة، فالذي يظهر مما حكاه ابن عرفة، أن نصيب من مات والحال ما ذكر من عدم تعيين مستحق نصيبه، يرجع للجميع، ويؤثر أهل الحاجة منهم، انتهى، انتهى.

[مسائل مختلفة من شهادة السماع في الحبس]

وإذا جرى الكلام على شهادة السماع في الحبس، فلنذكر ما حضرنا من الأجوبة في ذلك، وإن كان الأنسب بها باب الشهادات، وسيأتي شيء منها فيه فنقول، وعلى الله بلوغ كل مأمول : -

[شهادة السماع لمن الشيء في يده ولا تسري في حق الحائز]

من خط الشيخ أحمد المكني، وهو من تمام جواب الشيخ محمد بن مقيل، لأهل فزان المتقدم، ما نصه :-

وأما شهادة السماع، فمن المعلوم المشتهر، أن من جملة شروطها كونها لمن الشيء في يده، فلا يستخرج بها من يد حائز على المشهور، ولم يجد المازري غيره[1] قال : ولو كان المتنازع فيه عفوا من الأرض ليس بيد أحد لكان المذهب على قولين في تمكينه لمن قام فيه بشهادة سماع، انتهى، وإلى هذا يشير قول أبي محمد العبدوسي، رحمه الله : - (ص 596 ت).

واعلم بأن هذه الشهادة   عند ذوي التحصيل والإجادة
يبقى بها ما بيد بلا نزاع   اعرفه لعالم ولا دفاع
وليس يؤخذ بها ما باليد   والخلف فيه ليس عند أحد

وهو أوضح من أن يستظهر عليه بنقل.

(1) أي لم يجد غير هذا القول، أي لا يستند إلى شهادة السماع في نزع الشيء من يد حائز.

[لا يصح أن تكون شهادة السماع مستندة إلى أشخاص معينين]

ومن شرطها أيضا ألا يكون السماع مستندا إلى أشخاص معينين، ولا منقولا عن أناس مذكورين، فإنه إذا استند شاهد السماع سماعه لشخص معين صار ناقلا، والنقل المعتبر ليس على هذه الصفة، قال بعضهم: ولأن الاستفاضة المعتبرة في شهادة السماع لا تحصل بهذا، فإنها لا تحصل إلا بالنقل عن الكثير من الناس الذين لا يحصرهم الشاهد ولا يعينهم، انتهى.

[لا يجوز أن يستند الشهود في سماعهم إلى كتاب الحبس]

فلا يصح استناد الشهود في سماعهم لكتاب الحبس، ولا يصح أن يحكم بها على هذا الوجه، وباقي شرائط السماع مما لا داعي إلى الإطالة بذكره[1] وفي كون ما ذكره المتيطي وتابعوه، من عدم إعمال شهادة السماع إذا لم يفسروا التعقيب والمرجع، شرطا معتبرا في صحتها، نظر، وقد سئل عن ذلك الشيخ (ص 90 خ) العلامة علي الأجهوري، فأجاب بما نصه: -اعلم أنما ذكره المتيطي، وساق فتواه المذكورة، أول الصفحة أعلاه، إلى قوله: غير معول عليه، إن أراد أنه شرط في صحتها، كما تقدم، انتهى، انتهى.

[ورثة اقتسموا أرضهم ثم أراد أحدهم أن يقيم شهادة السماع بأنها حبس]

وسئل عن أخوة، اقتسموا أرضا مخلفة عن أوائلهم، وحاز كل نصيبه مدة، ثم أراد بعضهم أن يحدث في نصيبه حبسا بالسماع، على الذكور دون الإناث، وخالفه غيره، متبريا من ذلك، قائلا: إن ملكنا ليس فيه حبس، فهل إذا أحدثه البعض المذكور، على الوجه المذكور، والحال ما ذكر، يصح أو لا يصح؟ ويورث وتنفذ فيه وصايا المتبري المذكور؟.

[شروط إعمال شهادة السماع]

فأجاب: إقرار أحد الورثة بالتحبيس، لا يلزم منكره من سائر أخوته

(1) سوف يذكر الشيخ محمد بن مقيل شروط إعمال شهادة السماع في الفتوى التالية.

وإقامته على ذلك شهادة بالسماع، لا تنهض حجة في استخراج ما بيد المنكر لما أن من شرط العمل بشهادة السماع : -

1 ـ ألا يستخرج بها شيء من يد حائزه. 2 ـ ومن الشرط أن يحلف المشهود له بها. 3 ـومنها السلامة من الريبة، فلو شهد مثلا رجلان بالسماع وفي القبيل مائة إنسان لا يعرفون شيئا من ذلك، لم تقبل شهادتهما. 4 ـ ومنها أن يكون الشاهدان بها عدلين فصاعدا.

ثم على تقدير تمام شرائط السماع، فالعمل بها في هذه المسألة، على القول بصحة الوقف على الذكور دون الإناث، وأما القول المشهور، وهو ما اقتصر عليه صاحب المختصر، من بطلان الوقف على البنين دون البنات فالوقف المسطور (ص 597 ت) باطل، فإذا كان الموصي يعتقد بطلان الحبس فواضح دخول الوصية في نصيبه منه[1] والله اعلم، وكتبه العبد الفقير، محمد بن محمد بن مقيل، لطف الله به، آمين، انتهى.

[تأخر اليمين في شهادة السماع إلى أن خرج الشيء من يد المشهود لهم]

وسئل سيدي محمد الصالح الحضيري الفزاني، والسائل له الشيخ محمد بن مقيل، بما نصه : إذا شهدت بينة بوقف على السماع، وتأخر بعض شروطها، كاليمين، إلى أن خرج الشيء المشهود بوقفيته من يد المشهود لهم بوقفيته عليهم، هل يصح إتمام شرط الشهادة الآن، ويقضى بانتزاع (ص 91 خ) الشيء من يد من خرج إليه بعد شهادة البينة، وقبل إيقاع ما تأخر من الشروط كاليمين، أم لا يستخرج بها ذلك قبل تمامها ؟.

فأجاب : أنه لا يخلو خروج هذا الشيء، هل كان ببيع أو غيره، فإن كان

(1) هذه المسألة من أدق المسائل في فقه المعاملات، ومنها يعرف مقدار علم الشيخ محمد بن مقيل، رحمه الله، وسعة مداركه، وقوله : دخول الوصية في نصيبه، أي عدم سريانها في بقية الأجزاء التي تملكها أخوته بعد القسمة، مثلما لا يسري الحبس الذي أقيم بشهادة السماع إلا في نصيب الذي أقامه، والله اعلم، المحقق.

ببيع، فسخ لفساده، لأنه شراء ما فيه خصومة، وبعد الفسخ يقع الحكم فيه على مقتضى الشهادة، وإن كان الخروج بغيره، فتحري المسألة حينئذ على الخلاف في المترقبات إذا وقعت، هل يقدر حصولها يوم وجودها، وكأنها فيما قبل كالعدم، أو يقدر أنها لم تزل حاصلة من حيث حصلت أسبابها التي أثمرت أحكامها، وأسند الحكم إليها، وهي قاعدة التقدير والانعطاف(1).

وعليها لو ناصر مستحق الأرض في الإبان، وحكم له بعد ذهابه في كون الكراء للأول، أو للمستحق، ومن أعتق عبده في سفر، ثم قدم فأنكره، وقدم من شهد عليه، فحكم عليه، هل يقدر الحكم يوم اعتق أو الآن وقع ؟، وتقدير الربح مع أصله في أول الحول، أو يوم الشراء، في باب الزكاة، قال القاضي أبو عبد الله المقري : قاعدة : اختلفوا في المترقبات إذا وقعت، متى تعد حاصلة ؟، يوم الفراغ أو يوم ابتداء الترقب، ؟(2).

والظاهر أن مسألتنا لا تخرج عن هذه القاعدة، ثم القولان في مسألة الاستحقاق، خرجهما المازري على الخلاف في المترقبات، هل يعتبر الحكم بها يوم ثبوت سببها أو يوم حصوله، قال : وقد يقال إن كانت مخاصمة من استحق منه بماله وجه، فالكراء له، وإن كانت بباطل واضح، فهو المستحق.

وحضرت فتوى شيخنا اللخمي لقاض في من دعت زوجها للبناء بها فأنكر النكاح، فأثبتته، أنه إن خاصم الزوجة بتأويل وشبهه، فلا يطلب بالنفقة أيام الخصام، وإن خاصمها بباطل واضح، قضي لها بالنفقة، انتهى، انتهى المراد(3).

---

(1) القاعدة رقم 35 من قواعد الونشريسي، في كتابه إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 79.

(2) كتاب القواعد من تأليف الشيخ أبي عبد الله محمد بن محمد المقري، توفي سنة 785 هـ، ولم أجد هذه القاعدة في الجزء الثاني المتضمن لمسائل الزكاة، في الطبعة التي حققها الأستاذ أحمد بن عبد الله بن فهيد، ونشرتها جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ولم أقف على بقية الأجزاء.

(3) الواضح أن الشيخ الحضيري، ينقل عن كتاب لم يذكره، ولم أقف على مصدر القول.

[مسألة في شهادة السماع بالوقف المعقب]

وسئل أيضا عن شهادة السماع بالوقف المعقب، هل يجري فيها ما في مسألة شهادة الواحد بالوقف المعقب، لأن اليمين من شرط (ص 92 خ) شهادة السماع، وهي متعذرة من البعض، أم لا يجري فيها ذلك، ويكون الشرط بيمين الحاضر القائم بها ؟.

فأجاب : اعلم، أرشدك الله، إن في مسألة شهادة الشاهد الواحد بالوقف المعقب، أربعة أقوال، الأول : قول محمد ابن المواز (ص 598 ت) قال أصحابنا : لا يصلح فيه يمين، كمسألة إذا قام شاهد بحبس على الفقراء، فلا يمين، وتسقط الشهادة إن حلف المشهود عليه، فإن نكل قضي عليه بالحبس.

الثاني : رواية ابن الماجشون، إن حلف جلهم نفذ الحبس لهم ولغيرهم ولغائبهم، ومن يولد لهم، وللسبيل بعدهم.

الثالث : من حلف ثبت حظه وحده، ومن نكل سقط حظه، وردت اليمين على المشهود عليه، وعزاه اللخمي لبعض شيوخه، قال : وهو أقيس وعزاه المازري لبعض شيوخ القرويين، ومشى عليه صاحب المختصر، على حل الشارع، وهو الصواب، خلافا لحل ابن غازي.

الرابع : رواية مطرف أنه إن حلف واحد من البطن الأول مع الشاهد ثبت الحبس للجميع، وإن لم يحلف معه غيره، زاد اللخمي، وإن (........)[1] شهوده، فلم يثبت إلا بسماع حلف واحد منهم، وثبت الحبس لجميعهم، هكذا ذكر اللخمي هذه الزيادة، في هذا القول، ولم يتعرض لها في بقية الأقوال على ما رأيت.

[اشتراط اليمين في شهادة السماع تكون فيما يتعلق بالأموال]

والظاهر عندي لا فرق، فتجري حينئذ مسألة شهادة السماع بالوقف

(1) بياض في النسختين بمقدار ثلاث كلمات.

المعقب، مجرى مسألة شهادة الواحد بالوقف المعقب في كل الأقوال، على أن اشتراط اليمين في شهادة السماع، إنما هو فيما يتعلق بالأموال[1] والله اعلم وبه التوفيق، انتهى.

وقد تقدم بنحو ورقتين، كلام للشيخ عبد القادر الفاسي، في مسألة الشاهد الواحد في الحبس[2].

[مسألة الشهادة على أصل الحبس ومدى الأخذ بها]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، عن وثيقة نص المراد منها هنا[3] شهود هذا الرسم، يشهدون: أنهم لم يزالوا يسمعون سماعا فاشيا، ذائعا مستفيضا على ألسنة أهل العدل وغيرهم، أن الأماكن الفلانية وحدودها، حبس على أولاد فلان الذكور (ص 93 خ) منهم دون الإناث، وعلى أعقابهم الذكور وأعقاب أعقابهم، الذكور دون الإناث، وذلك كله بيد من وجد من الأعقاب المذكورين في حوزهم، يتصرفون فيه على وجه الحبس وسيبله، إلى أن مات من مات منهم، وحتى الآن في حق الأحياء منهم.

إلى أن اتصل السماع الموصوف، ودام وانتشر مدة تزيد على ستين عاما سلفت عن تاريخه، ويعلمون قطعا منهم وتحقيقا، أن ذلك يحاز بما تحاز به الأحباس، ويحترم باحترامها، ولم تزل حرمة الأحباس قادمة عليه، ومصاحبة له طول المدة المذكورة، ولا خلا منها إلى الآن، يحوزون ذلك بالوقوف عليه والتعيين له متى دعوا إلى ذلك.. إلخ.

فأجاب: إن مقتضى لفظ هذه الوثيقة، بعد إمعان النظر فيها، إنما هو

(1) انظر قوله: على أن اشتراط اليمين إنما هو في الأموال، انتهى من خط مؤلفه، رحمه الله، طرة في (خ)، ص 92.

(2) تراجع مسألة الوصية على الحبس، وكيفية الإشهاد عليها بشاهد واحد.

(3) في أجوبة الفاسي، ورد في السؤال أن الوثيقة كتبت في رق وهي مؤرخة في العشرين من جمادى الثانية، عام 1016 هـ، وقد اختصرها المؤلف واقتصر على السؤال ثم الإجابة.

الشهادة على أصل الحبس بتا وقطعا، لقولها : يعلمون قطعا منهم وتحقيقا أن (ص 599 ت) ذلك يحاز بما تحاز به الأحباس.. إلخ، وقولها : وذلك كله بيد من وجد من الأعقاب المذكورين، وفي حوزهم يتصرفون فيه على وجه الحبس وسبيله، إلى آخره، فهي شهادة على الأصل بالبت، لا شهادة تحتاج إلى يمين ولا يستخرج بها من يد حائز، ولها شروط، وهي مختصة بأبواب، ولا يقدح فيما ذكرناه تصديرها بلفظ السماع لأن ذلك إنما هو لبيان طريق حصول العلم لأن الشاهد يشهد بما في علمه، ويبين طريق العلم، وقد يبهم ولا يبينه.

[الشاهد المبرز في العدالة تجوز شهادته في كل شيء]

وقد ذكر في المقدمات : أن الشاهد المبرز في العدالة، العالم بما تصح به الشهادة، تجوز شهادته في كل شيء، ولا يسأل عن كيفية علمه بما شهد به إذا أبهم، والشاهد المبرز في العدالة، غير العالم يما تصح به الشهادة، يسأل عن كيفية علمه[1] ومعلوم أن طرق تحصيل العلم متعددة، ومنها التواتر فانقسمت شهادة السماع إلى ما يفيد الظن، وما يفيد العلم والقطع، وأن ما يفيد القطع خارج عن شهادة السماع المصطلح عليها، المعروفة عند الإطلاق، وهذا كله منصوص لأئمتنا رضوان الله عليهم .

[السماع المفيد للعلم المتفق على قبوله]

قال ابن الحاجب : وأما السماع المفيد للعلم، فقال ابن القاسم : هو مرتفع عن شهادة السماع، مثل أن نافعا مولى ابن عمر، وأن عبد الرحمن (ص 94 خ) ابن القاسم، وإن لم يعلم لذلك أصلا، فقيل له : أيشهد بأنك ابن القاسم من لا يعرف أباك، ولا يعرف أنك ابنه إلا بالسماع ؟، فقال : نعم ويقطع بها ويثبت النسب، قال ابن عبد السلام : هذا النوع من السماع المفيد للعلم، متفق على قبوله، ومنهم من قصر شهادة السماع عليه، ومنع ما عداه

(1) المقدمات الممهدات، لابن رشد، ص 287 / 2.

وظاهر كلام الفقهاء، عموم حكمه في الأبواب، وأنه من العلم المتواتر، ومثله في التوضيح.

[شهادة السماع يعمل بها في إثبات النسب والميراث]

وقال أبو سعيد بن لب، في جواب له عن مسألة من التعصيب، وقع رسمها : يعرف شهوده فلانا، وذكر أنه مات، فإن صح موته، فيعلمون أن المحيط بميراثه فلان، ويعلمون ذلك بالسماع الفاشي، من آبائهم وغيرهم ومن علم ذلك وتحققه، ويعرف من ذكر وما ذكر المعرفة التامة، قيل بذلك شهادته ؟.

فأجاب عن ذلك، وذكر شهادة السماع، وما فيها من الخلاف، ثم قال : على أن الرسم قد تضمن علم الشهود ما شهدوا به وتحقيقهم، وإنما ذكروا السماع مستندا لما علموا وتحققوا، والخلاف إنما هو إذا شهدوا بحصول السماع الفاشي فقط، فحينئذ يرى ابن القاسم وجوب الميراث بلا يمين، أما إن تضمنت (ص 600 ت) الشهادة علم المشهود وتحقيقهم، كما في النازلة، فيثبت النسب ويجب الميراث، ولا يجب في ذلك يمين على أحد، انتهى .

[إذا كان النكاح مشهورا بين الناس فالشهادة عليه شهادة قطع]

وقال أيضا ابن لب، في جواب له، عن مسألة تنازع في النكاح، إلى أن قال : إن كان النكاح من الشهرة عند الناس، بحيث يدخل في باب العلم والقطع بصحته، فشهادة الشهود بذلك شهادة قطع، لا شهادة سماع، فتجوز ويثبت بها النكاح فيما طال من المدة وقصر، انتهى[1] .

وقال الباجي : هي شهادة بالبت، وإن كان سببها السماع، إلا أن شهادة السماع إنما تطلق عند الفقهاء على ما لا يقع به العلم للشاهد، لذلك يؤدي على

---

(1) المعيار المعرب، للونشريسي، ص 191 / 3.

أنه سمع سماعا، وأما إذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم، فإنه يشهد عليه[1] (ص 95 خ).

وقال ابن رشد : تجوز الشهادة على القطع من جهة السماع، إذا أفاد العلم باستفاضته، لأن الأخبار المتواترة، تفيد العلم فيما طريقه العلم، وغلبة الظن فيما طريقه غلبة الظن، ولا خلاف في ذلك، إنما الخلاف في شهادة السماع دون قطع، انتهى،[2].

[بينة القطع ينتزع بها من يد الحائز والحبس لا يحاز عليه]

فإذا تقرر هذا، وعلم أن هذه البينة، ليست من بينة السماع التي لا ينتزع بها من يد حائز، فإذا وجد هذا الحبس بيد أحد كان اشتراه [هو] أو آباؤه، فإن ذلك يفسخ وينتزع من يده، ويرد إلى من حبس عليه، ولا ينفع طول الحيازة في ذلك، لأن الحبس لا يحاز عليه، كما قال ابن رشد وغيره، والله سبحانه اعلم والسلام[3].

[مسألة في الحبس أثناء مرضه وحازه الأولاد ثم قام عليهم البائع]

وسئل عن رجل، حبس نصف موضع على أولاده الذكور وعقبه وحوزهم منه، وهو مريض، ومات من ذلك المرض، ثم بعد ذلك، باعوا النصف المذكور، وتطاولت عليه السنون، ما ينيف على الأربعين سنة، فبعد هذه المدة، استظهر البائع برسم الحبس، وقام لمن هو بيده شاهد أنه كان تحاكم عند القاضي سيدي أحمد الغماري[4] وحكم عليه ببطلان الحبس، ولم

(1) المنتقى للإمام الباجي، وفيه : إلا أن لفظ شهادة السماع إنما ينطلق (هكذا) عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد، ص 202 / 5.

(2) المقدمات الممهدات، ص 273 274/ 2.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 177 179/ 2.

(4) لعله أحمد بن عيسى بن عبد الرحمن الغماري، الفقيه القاضي الجليل، رحل إلى المشرق ولقي جلة من المشايخ، توفى بتونس عام 682 هـ، نيل الابتهاج، ص 79، شجرة النور، ص 201 / 1.

يوجد رسم الشراء للموضع المذكور، ولا ما حكم به القاضي، فهل يبطل لكونه ناجزا في المرض، أو لا يبطل، ويكون في الثلث، وإذا كان في الثلث بم يرجع على البائع لجهل قيمته التي بيع بها ؟ وهل يترتب يمين على القائمين بالحبس، لكون البائع هو المنازع [ومن شاركه والمحبس لم يترك إلا نصف الموضع ودارا محبسة، كذلك اليمين المذكورة، إن والده لم يكن عليه دين][1].

[يجوز إثبات حكم الحاكم بالشاهد واليمين]

فأجاب : إن المقوم عليه بالحبس، إذا ثبت له شاهد واحد بقضاء القاضي ببطلان الحبس، فإنه يحلف مع شاهده على ذلك، ويبقى ذلك الشيء بيده ملكا، لأن حكم الحاكم يثبت بالشاهد واليمين، قال ابن رشد : وهو ظاهر المدونة، ومذهب مطرف وأصبغ، وهو الذي في رسم جاع من سماع عيسى وقد قوى ذلك أبو عبد الله المكناسي في مجالسه، وأحتج له[2] ومثله في وثائق الفشتالي (ص 601 ت) قال الإمام ابن مرزوق : وعلى قول مطرف سار صاحب المختصر، يعني في قوله : أو بأنه حكم له به، وإذا ثبت ما ذكر لم يحتج لباقي فصول السؤال، والله اعلم[3].

[مسألة البنت تطلب حقها في حبس معقب قديم لم تدخل فيه أنثى في السابق]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل، عن حبس معقب (ص 96 خ) لتاريخه الآن ما يزيد على مائة وأربعين سنة، والحال أنه يحترم بحرمة الأحباس، ولم تدخل فيه أنثى إلى الآن، فقامت بعض أولاد المحبس عليهم، تطلب الإرث في أبيها

---

(1) ما بين القوسين، سقط في (ت)، (خ).

(2) مجالس القضاء والحكام، للقاضي المكناسي، ص 821 / 2.

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 37 38/ 2.

من الملك المحبس، فهل لها ذلك والحال أن المحبس لم ينص في الحبس على أن للبنت شيئا في ذلك، أم ليس لها كلام، ويكون العمل على نص المحبس ؟.

فأجاب : العمل على نص المحبس، ومقتضاه حيث لا مانع مع الثبوت والحكم بالصحة، ولا مدخل في ذلك لمن كان خارجا من بنات المحبس عليهم وزوجاتهم، انتهى من خط من نسبه له.

[اتباع شروط المحبس إذا كانت سائغة شرعا]

ومن خط هذا أيضا : إن شرط المحبس في عقد حبسه، ما يسوغ شرطه شرعا، اتبع في ذلك نصه، من جملة ذلك شرطه للمحبس عليهم، أن من احتاج منهم باع، ولابد من إثبات الحاجة والحلف عليها، ما لم يشترط المحبس أنه مصدق في دعوى الحاجة بلا يمين، فيعمل به، انتهى.

[من شرط تمام صحة الحبس الحيازة المعتبرة فإن أبقاه المحبس في يده بطل الحبس]

وبخط الشيخ أحمد المكني، عن الشيخ محمد بن مقيل، رحمهما الله ما نصه : وله جواب أيضا عن مسألة أخرى، نصه : لا شك أن من شرط تمام صحة الحبس، الحوز المعتبر قبل مانعه، وحيث لم يخرج الحبس عن يد محبسه إلى أن مات، فقد بطل الحبس لعدم شرطه، ففي المدونة : وأما ما حبس في صحته، أو تصدق به على المساكين من حائط أو دار، أو بشيء له غلة، فكان يكريه ويفرق غلته كل عام على المساكين، ولم يخرجه من يده حتى مات، لم يجز ذلك لأن هذا غير وصية[1] قال بعض الشيوخ في تقرير قوله : لم يجز، أي لم يجز حبسه ويبطل، والله اعلم، وهذا كما ترى مع فرض تفريق

---

(1) المدونة الكبرى، كتاب الحبس والصدقة ص 425 / 4.

المحبس للغلة على المساكين، فكيف مع عدم ذلك، كما هو فرض النازلة، يعني المسؤول هو عنها، انتهى.

[لو استثنى المحبس حصة من الحبس ولكن المحبس عليه حازه]

قلت : قوله : وحيث لم يخرج الحبس عن يد المحبس إلى أن مات فقد بطل الحبس.. إلخ، ظاهره ولو كان المحبس استثنى منه شيئا يجوز استثناؤه، كالثلث فأقل، والذي أحفظه عنه، أي عن الشيخ محمد بن مقيل رحمه الله، أن ذلك لا يضر إذا حاز (ص 97 خ) المحبس عليه جميع المحبس بالتطوف، وكان يستغل منابه بعد ذلك، فراجع ذلك وحققه، ومن وقف على ما يوافقه أو يخالفه، فليحقه بهذا المحل، وأجره على الله،[1].

[حبس خالي من القبول تمت حيازته وحكم بصحته فحكم الحاكم يرفع الخلاف]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم، عن حبس خلي عن القبول وحيز، ثم حكم حاكم بصحته مقلدا الإمام أشهب في قوله : إن القبول يكفي عن الحوز وعن جوابين عن ذلك، نص الأول (ص 602 ت) منهما : إذا كان الأمر كما ذكر، فاعلم أن الحاكم إذا حكم في قضية، بقول شاذ من أقوال أهل العلم فحكمه صحيح لا يتعقب، والقضية التي حكم فيها بذلك القول، يرتفع الخلاف فيها بحكمه المذكور، قاله جل أهل المذهب، وعليه فالحبس المذكور صحيح، بمقتضى حكمه المذكور، الذي استند فيه للقول الذي اعتمد عليه في حكمه أعلاه، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق، وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي، انتهى.

---

(1) لا يتعارض تعليق المؤلف، رحمه الله، مع قاعدة حيازة الموقوف عليه لصحة الوقف، والمثال الذي ضربه استثناء حصة شائعة كالثلث، ولكن المحبس عليه حاز الوقف، بالتطوف عليه، وكان يستغل منابه، فالحبس صحيح في هذا الحالة، والله اعلم، المحقق.

[إجابة أخرى على نفس المسألة للشيخ النفاتي]

ونص الثاني : ما أجاب به الشيخ المفتي أعلاه، حفظه الله تعالى، من صحة الحبس المنسوخ نسخته أعلاه، بمقتضى حكم الشيخ القاضي، صحيح وبمثله أجيب، ولا يتعقب حكم الشيخ القاضي في النازلة المذكورة، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق، وكتبه سالم بن علي النفاتي.

[إجابة الشيخ أبو القاسم عظوم عن المسألة]

فكتب، أعني الشيخ أبا القاسم عظوم، تلو ذلك ما نصه : الحمد لله كل ما كان مختلفا فيه، وعرفه القاضي وحكم به مع علمه الخلاف، ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة إلى تلك الواقعة، على حسب ما قاله الشيخ ابن محرز[1] والشيخ اللخمي، وغيرهما، وذلك لأن حكمه إنما يتعلق بالجزئية المعينة التي هي موضع حكمه، ولا يتعدى إلى مماثلها، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق انتهى، ثم ذكر في تذييله العذر.

[من عرف ماله في الغنيمة وباعه الحاكم يسترده بلا ثمن]

وذكر فيه نص بهرام في وسطه[2] على قول مختصر خليل : ورفع الخلاف[3] وذكر فيه ما قاله ابن ناجي عن ابن محرز، في مسألة ما باعه الإمام جهلا أو عمدا من مال مسلم، عرفه ربه في الغنيمة، وأن مذهب ابن القاسم أن ربه أحق به لا ثمن.

[الفتيا تتضمن رأيا عاما أما الحكم فيختص بالوقائع الجزئية]

وذكر، أي في التذييل، نص التبصرة، وهو قوله : الفتيا شرع عام على

(1) لعله ابن محرز القيرواني، تقدمت ترجمته.
(2) يقصد شرح الشيخ بهوام لمختصر الشيخ خليل، أي كتاب الشامل، الشرح المتوسط.
(3) مختصر خليل، ص 262.

المكلفين (ص 98 خ) إلى قيام الساعة، والحكم يختص بالوقائع الجزئية، وذكر ما في المختصر والشامل، ولفظه : ولم يتعد لمماثل، بل له ولغيره الاجتهاد فيما تجدد[1] ثم قال : ضمير له، عائد على الحاكم الذي صدر منه الحكم والغير هو غير الحاكم الذي صدر منه الحكم، أي يجدد الاجتهاد في نازلة تجددت، تماثل نازلة الحكم العادي .

وقوله الاجتهاد : يعني إذا كان الحاكم مجتهدا، وإن كان مقلدا فليس له استئناف حكم الواقعة الصادر أو حكم غيره على مقتضى الترجيحات المذهبية إذا كان مقلدا، فليس له استئناف حكم الواقعة في مذهب إمامه، هذا تقرير ظاهر العبارة، ويحتمل أن يكون تقييد الاجتهاد إشعارا منه، وإيذانا بأن رفع الخلاف بحكم القاضي معناه : إذا كان مجتهدا، فإن (ص 603 ت) المجتهد هو الذي ليس عليه متابعة ترجيح غيره، فإذا ضاق عليه وقت نصب أدلة الاجتهاد مثلا، فحكم بقول غيره من أهل العلم في واقعة، فهذا المجتهد إذا تجدد عنده نظير هذه الواقعة، فله أن يستأنف الاجتهاد للواقعة الحادثة.

[قاعدة أن حكم الحاكم يرتفع به الخلاف تكون للقاضي المجتهد]

فيؤخذ من تقييده بالاجتهاد، تخصيص رفع الخلاف بحكم الحاكم، أنه هو الحاكم المجتهد، فيكون الحاكم إذا كان مقلدا ليس له أن يحكم بقول ما لأن الواجب عليه اتباع الراجح الذي رجحه أهل الترجيح في مذهب إمامه، لأن العمل بالراجح واجب إجماعا، حسبما نص عليه جمهور الأصوليون، وهذا الاحتمال هو الظاهر، حتى قال في التبصرة وغيرها : لا يجوز للقاضي ولا للمفتي أن يخرجا على القول المشهور، وقد بلغ المازري من العمر ثلاثا وثمانين سنة، وبلغ رتبة الاجتهاد، وما أفتى قط بغير المشهور، وكفى به قدوة[2] .

---

(1) ما ورد في مختصر الشيخ خليل : ولم يتعد للماثل، بل إن تجدد، فالاجتهاد، ص 262. طرة في (خ) ص 98، جاء فيها : انظر ولاشك أن فيه تصحيفا أو نقصا، كذا بخط مؤلفه، رحمه الله.

(2) تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص 64 / 1، مطبوع بهامش فتاوى الشيخ عليش.

وهذا اعرفه في الورقة 24 من التبصرة، وقول المجيب الثاني، المنسوخ نسخته، خطأ فاحش، لأنه نعت سيىء، حكمه في التوحيد والتذكير، ومقابلهما حكم الفعل، فلا بد من تأنيت النعت، مراعاة لما بعده، والله اعلم، انتهى بإسقاط[1].

[مسألة الحبس الذي خلا عن القبول إلا أن الورثة أقروا به]

وسئل عن حبس خلا عن القبول ؟.

فأجاب : بأنه غير عامل لعدم ذكر القبول، إلا أن يعارض ذلك معارض فيعمل بمقتضاه، انتهى (ص 99 خ) فإذا كان الحبس المسؤول عنه هنا هو ذلك، صار تقارر جميع الورثة على التحبيس معارضا للخلل الناشئ عن عدم القبول، ويصير الحبس المذكور عاملا، وحكمه لهم لازما، لأجل هذا المعارض الشرعي، وهو التقارر المذكور.

[إقرار الورثة بحبس يعمل به إلا أن يكون بكتاب الحبس خلاف ذلك]

وقد وقع في كتاب الشيخ المتيطي، رحمه الله تعالى، ما نصه : ويجوز إقرار الورثة بحبس، ويلزمهم ذلك، ويكون محبسا عليهم على حسب ما أقروا به، إلا أن يظهر كتاب الحبس، فيكون فيه خلاف ما أقروا به من التعقيب والمرجع، فينقض إقرارهم[2] وفي القاسمية[3] ووثائق ابن الهندي، والوثائق المجموعة نحوه، وكرر القاضي ابن فرحون هذا الفرع في تبصرته مرارا مقتصرا على ذلك، ولم يذكر ما يخالفه، ولما نقل الإمام ابن عرفة كلام الشيخ المتيطي، عضده بقوله : قلت مثله في النوادر لعبد الملك، انتهى.

---

(1) لعل الشيخ عظوم يقصد ما ورد في إجابة الشيخ سالم النفاتي، وهي : الحبس المنسوخ نسخته فهو يرى أن تكون العبارة : المنسوخة نسخته، أي تأنيث النعت، والله اعلم، المحقق.

(2) اختصار المتيطية، لابن هارون، المصدر السابق، ص 233.

(3) لعله اسم كتاب لم اقف على مؤلفه

[من أقر بالحبس تحت يده يرتب على ما أقر به]

ووقع في أحكام القاضي أبي الأصبغ، رحمه الله، في قوم ذكروا في حبس بأيديهم، أنهم يسلكون بغلته في وجه سموه، فشاور القاضي فيها أشياخ الفتيا، فأجابوه : بأن الذي نراه أن إقرارهم بما تحت أيديهم من هذه (ص 604 ت) الأحباس لازم لهم، ويجب ترتيبه على ما أقروا به، لما جرت فيه الحباسة، انتهى.

[مقارنة بين قوله وما ورد في فتاوى الإمام البرزلي]

وما نقله الشيخ البرزلي عن ابن الحاج : إذا أقر في أملاك بيده أنها حبس عليه وعلى عقبه من قبل أبيه، إلى أن قال : إقراره غير عامل إذا عرفت أملاك الأب أو عرف أنه ملكه[1] فهذا لا يعارض ما قدمته لثلاثة أوجه : -

الأول : إن القاضي أبا الوليد بن رشد، رحمه الله، قال في التعقب، إنما كان الاعتراف غير عامل لأن الولد الذي اعترف به واحد، وشهادة الواحد لا تجوز في الحبس، انتهى، وهذه النازلة المعترفون فيها جماعة، وهم جميع الورثة المنحصر الإرث فيهم.

والوجه الثاني : إن الذي قدمته من صحة الاعتراف ولزومه، هو كلام الجمهور، الشيخ المتيطي والقاسمية، والشيخ ابن الهندي، وصاحب الوثائق المجموعة، وأحكام القاضي أبو الأصبغ، وفتوى أشياخ عصره فيها، والشيخ ابن فرحون في تبصرته مكررا، والنوادر للشيخ ابن أبي زيد، وعبد الملك من رواة الإمام (ص 100 خ) والإمام ابن عرفه، واحتجاجه للمتيطي بما جلب من

---

(1) النقل غير مطابق لما ذكره البرزلي، وقد جاء فيه : إذا أقرت أملاك بيده أنها حبس عليه، وعلى عقبه من قبل أبيه، فإن عرفت الأملاك له أو لأبيه، فلا يجزي الإشهاد دون أن يحوزها كالهبة لتمنعه في أن يسقط شرط الهبة، وإن جهل ملكه وملك أبيه لها، فاعترافه جائز حتى يظهر خلافه، مثل أن يظهر في عقد التحبيس خلاف ما ذكر، فيعمل على ما في العقد ولم يظهر أنها ملكه أو ملك أبيه، فتاوى البرزلي، ص 430 / 5.

النوادر، فهولاء الجمهور لا يعارضهم ولا يقاربهم ما قال ابن الحاج.

والوجه الثالث: إن كلام الجمهور اقترن بمرجح، وهو فتوى مشيخة الفتوى الواقعة في أحكام ابن سهل، ومسألة ابن الحاج لم تقترن بمرجح فيجب العمل بما قاله الجمهور لراجحيته قطعا.

[المفاصلة بين الورثة فيما يتعلق بالأحباس لا يجوز فسخها]

ثم إن المفاضلة في هذه النازلة، التي منها الفصل المذكور، وإشهاد الورثة فيها على أنفسهم، وقطعهم بها الشر بينهم، لا يحل فسخها، لأن في فسخها رجوعهم إلى المخاصمة والمشاورة التي قطعوا، ومن الخير إلى نقيضه ومن معلوم ما عقدوه، إلى أمر مجهول مآله، بناء على ما مقتضى ما أفتى به الإمام المازري، فيما إذا أرادا المصطلحان من نقض الصلح والرجوع إلى الخصومة، ورجوعهم في النازلة إلى الخصومة والشر بسبب نقض مفاصلتهم ذلك المعنى الذي لاحظه الإمام رحمة الله تعالى عليه، فليس لهم ذلك.

قال في أحكام ابن حبيب، عن مطرف: لأن رجوعهم مخاطرة منهي عنها، ينبغي للحاكم أن يدعهما يرجعا عن ذلك، وكذلك قال أصبغ، وأجمع أصحابنا على ذلك، انتهى، ووقع في كبير الشيخ ابن ناجي، عزوه للواضحة والكتاب والجدار [هكذا] وعلى هذا، فلا يجوز نقض المفاصلة المذكورة، ولا نقض شيء منها، لا فصل الموافقة على الحبس، ولا غيره (ص 605 ت) والله تعالى اعلم، وبه التوفيق، انتهى.

ثم ذيله بعزو الأنقال إلى محالها، إلى أن قال آخر ذلك: واعرف استحقاق المختصر في قوله: لا إلى الخصومة، انتهى[1] انتهى.

---

(1) يقصد قول الشيخ خليل: كإنكار على الأرجح، لا إلى الخصومة، المختصر، باب الاستحقاق، ص 228.

[مسألة الحبس الذي تمت حيازة أسهم مشاعة منه فقط]

وسئل عن حبس، ونسخة حوز، وحكم لم يوجدا في المنسوخ منه، بما نصه : جوابكم بعد تأملكم من نسخة الحبس ونسخة الحوز، المذكور جميعها أعلاه، والحالة أن رسم الحبس ورسم الحوز ليس فيهما حوز في الدار المذكورة، فارغة من شواغله، وعقود أكريته، وإنما الحوز في أسهم، لأن رسم الحوز ذكر فيه : حاز محمد لنفسه، ولمن ذكر بإذن ما ذكر، حوزا صحيحا بمعاينة شهيديه الأسهم المذكورة أعلاه، حوزا مثلها من [المشاع، وكما خلا عن حوز الدار، خلا عن قبول الجميع، لكن وقع فيه رسم الحكم من القاضي كما (ص 101 خ) ترونه أعلاه، فهل يمضي هذا الحبس][1] والحال ما ذكر ؟.

فأجاب، بعد افتتاحه : إذا كان الأمر كما ذكر، فالقول الذي اعتمده الشيخ القاضي في حكمه، إذا كان صاحبه يقول بإمضاء التحبيس، ولو خلا عن الحوز والقبول، كما خلت عنه هذه النازلة، فالقضاء المذكور عامل، والتحبيس نافذ، ولا يوهنه فقد الحوز والقبول، لانطباق القول المذكور حينئذ على هذه النازلة، إذا ثبث الرسم المذكور، وملك المحبس، وتعينت الدار والسانية التي منها الأسهم الشائعة، كما ينبغي، لأن حكم الحاكم في مسائل الخلاف يرفع الخلاف المعلوم في ذلك الفرع، على حسب ما قاله الأشياخ، ابن محرز واللخمي وغيرهما، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق.

تذييله : [من شرط صحة الحوز أن يذكر الموثق خلو الحبس من الشواغل وعقود الكراء]

رسم الحوز قال فيه : حاز محمد لنفسه، ولشقيقته ولوالدته، في حقها وحق بقية أولادها، بإذنها، الحبس المذكور أعلاه، حوزا صحيحا شرعيا كما يجب، بمعاينة شهيديه الأسهم، فهذا اللفظ لا يتناول الدار، لأن عادة التوثيق في حوز تحبيس الدار ونحوها، أن يقول الموثق في وثائقه : فارغة من شواغل

---

(1) ما بين القوسين سقط في (ت) .

المحبس وعقود أكريته، حتى قال الشيخ ابن يونس، رحمه الله تعالى، إن هذا اللفظ، وهو قول الموثق، فارغا من شواغله وعقود أكريته، شرط في صحة الحوز، أي كل لفظ منهما، فلا يكفي قوله : فارغة من شواغله، حتى يزيد وعقود أكريته، نقله عنه الشيخ صاحب المسند المذهب في ثانية حبسه[1].

قلت : فلو أراد الموثق في النازلة الدار، لقال هذين الشرطين، عملا بالعادة، وعملا بنص ابن يونس، ولو قيل : إن قول الموثق في النازلة يتناول الدار، لكان تناوله إياها على الاحتمال لأجل العادة، ولأجل النص لما قضى به لأجل الاحتمال، وأيضا لو أراد الموثق تناولها بقوله : الحبس، لوجب أن ينبه (ص 606 ت) على الحوز فيها، إنما هو في بقيتها بعد البيت المستثنى، لأن البيت المستثنى هو له، فقوله الحبس إذا حمل على تناول يتعارض مع استثناء البيت، والتعارض قادح فيه، وأيضا لو أراد بقوله : حاز الحبس لجميع الدار أو غيرها، لكان قوله الأسهم تكرارا، ولو أراد بتكرار لفظ الأسهم التنبيه على أن حوز مثلها من المشاع، لهذه كلها دلائل.

قلت : في لفظ الجواب : إن رسم الحبس خلا عن حوز، لا يقال هذه الدلالة، إنما دلت على الخلو عن حوز الدار فقط، وأما الأسهم فمحوزة، لقوله الأسهم المذكورة حوز مثلها، لأنا نقول : إنما عملت نفي الحوز في الدار وغيرها، لأن الدار هي معظم الصفقة، فلا عبرة بالأسهم معها، لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

[الحوز في التبرعات هل للأكثر أو الأقل أو النصف، وأن ذلك بالقيمة]

وقد علمت أن المشهور وبه الفتوى، أن الخلا[2] عن الحوز في التبرعات، إذا كان أكثر من النصف بطل الجميع، وإذا كان أقل من النصف

(1) كتاب المسند المذهب في ضبط قواعد المذهب، من مؤلفات الشيخ محمد عظوم، وهو جد كاتب الفتوى.

(2) أي أن عقد التحبيس أو الوثيقة، جاءت خالية من قول الموثق أن المحبس عليه حاز الحبس أو الشيء المتبرع به.

صح الجميع، وإن نصفا فكل على حكمه، ويعتبر النصف وفوقه ودونه بالقيمة هذا ما يتعلق برسم الحبس وحوزه في النازلة.

[يشترط علم الحاكم بالخلاف لكي يكون حكمه رافعا للخلاف]

وأما حكم الحاكم به، فإعماله لكونه حكم بقول معين، حنفي وعلم الحاكم به، وبعزوه لقائله، دليل على أن غيره من الحنفية قائل بخلافه، فصار الحاكم المذكور على هذا عالما بالخلاف، فساغ حكمه لوجود هذا الشرط وهو علمه بالخلاف، أشرت بقولي في الجواب : يرفع الخلاف المعلوم، أي المعلوم عند الحاكم الذي حكم، فاحترزت بلفظ المعلوم مما لو كان غير عالم بالخلاف، فإن حكمه حينئذ لا يصح، لأنه حزر وتخمين.

[لا يجوز للحاكم أن يحكم بالحزر والتخمين]

قال الشيخ البرزلي، في الورقة 21 من أقضيته : لا خلاف أنه لا يجوز الحكم بالحزر والتخمين، ثم قال : إن صادف الحق فالمشهور فسخه، وإن لم يصادف الحق، المشهور على فسخه وإغرامه ما أتلفه بحكمه، انتهى[1].

[اشتراط الحوز في الحبس وقبوله فيه خلاف بين المذاهب]

واعرف شرطية علمه بالخلاف في الورقة 41 من التبصرة، وبقية شروط أخرى، أشرت (ص 103 خ) إليها بقولي : على حسب ما قاله الأشياخ، ابن محرز واللخمي، وغيرهما، اعرف أقوالهم بنصها في واقعة الكاتب رجب، في يوم الأحد خامس صفر[2] وشرطه في صحة الحكم المذكور أن يكون قول ابن

---

(1) فتاوى البرزلي، ص 56 / 4.

(2) توجد طرة في نسخة (خ) ص 103 جاء فيها : انظر قوله في واقعة الكاتب رجب.. إلخ، فإنه يذكر مثلها، وأنا أسقط ذلك غالبا، لأن فيه ما لا يخفى، كذا بخط مؤلفه، رحمه الله، ذلك يعني أن المؤلف كان يسقط الأمور التي لا علاقة لها بالأحكام الشرعية، أو أنها خصوصيات لا يستفاد منها، والله اعلم، المحقق.

يونس الذي اعتمده الحاكم، ونص عليه في حكمه، لا يقول بشرطية الحوز والقبول، فإن قال بشرطيتهما، أو شرطية أحدهما، كان موافقا للقول الراجح عندنا بشرطيتهما، فحكم الحاكم (ص 607 ت) حينئذ بقوله غير صحيح، لأنه حكم بلا مستند، لأن القول الذي اعتمده، لم يقل به من نسبه إليه في حكمه فينقض إجماعا، على ما قاله ابن محرز وغيره.

ومر في كلام البرزلي ما يقتضيه، لأنه إذا حكم حزرا لم يصادف حقا ينقض إجماعا، فأحرى إذا لم يصادف قولا أصلا، لا حقا ولا غيره، ووقع في الورقة (. . .) من حبس البرزلي، فيما كان المحبس يقدم ويعزل في نظار حبسه، وأن شيخه الإمام ابن عرفة، رحمه الله تعالى، يفعل ذلك، ولعله رأي نظره خيرا من نظر القاضي، وإن هذا هو الحكم عنده، وأنه لا يفسد الحيازة وعليه مسألة الاستشارة، كان المقدم يشاوره في بعض الجزئيات، فاعترض بعض الجهلة بأنه قدح في حبسه، وكان ذلك في مرضه الذي توفى فيه.

[من أراد أن يخرج من الخلاف في الحبس أثبته عند قاض غيره]

فأحضر القاضي وأثبت عنده رسم التحبيس، على كماله بالحوز والتصرف، وإن على يد غيره، وحكم القاضي بذلك، وأشهد على نفسه بإمضاء الحكم ونفوذه فيه، ولعله أخذ ذلك مما حكاه ابن الحاج، قال : من أراد أن يخرج في الحبس من الخلاف، أثبته عند قاض غيره، ويقضي به، لأن العراقيين[1] يرون أن القاضي إذا حكم بالمختلف فيه مضى.

[الوقف على النفس إذا حكم به حاكم فهو نافذ لأنه من مسائل الخلاف]

[قال] البرزلي : لقيت ببيت المقدس، شرفه الله تعالى، فقيها من

(1) يقصد بالعراقيين : القاضي إسماعيل، وابن القصار، وابن الجلاب، والقاضي عبد الوهاب، والقاضي أبي الفرج، والشيخ أبي بكر الأبهري، مباحث في المذهب المالكي، ص 266.

الحنفية، قلت له : إنكم تقولون إنه لا يجوز التحبيس لأنه من معنى السائبة[1] واحتج مالك رضي الله عنه، بأحباس السلف، وما ورد فيه من الآثار، فقال : مذهبنا أنه إذا وقع مضى ولم يرد، وذكر شيخنا ابن عرفة أن الوارد بأثناء شيخه[2] أتى برسم شهود محكوم به أنه حبس ربعا على نفسه وعلى ولده من بعده (ص 104 خ) على مذهب من يجيزه، وأنفذ حكمه بذلك، وأنه أتى للشيخ عبد السلام، فقال : تمضيه لي بذلك، وتحكم بإنفاذه، فطلب ابن عبد السلام ذلك المذهب فوجده صحيحا، فحكم له به، [قال] البرزلي : وهذا جار على أصل المذهب، إذا حكم القاضي بما فيه اختلاف في مسائل الاجتهاد، لا ينقضه من جاء بعده حسبما هو مذكور في أول الأقضية، انتهى[3].

[إذا وقع الحبس مستوفيا لشروطه مضى في مذهب الحنفية]

قلت : انظر في قول هذا الفقيه الحنفي، مذهبنا أنه إذا وقع مضى، ولم يرد هل ذلك بعد استيفاء شروطه المشترطة عندنا، كالحوز والقبول، أو بدونهما، والظاهر مع استيفاء الشروط، وانتفاء الموانع، لأن هذا عام في الحقائق الشرعية، إلا ما اختلف العلماء في اشتراطه، والله تعالى اعلم.

[يجب على القاضي والمفتي التقيد بالمشهور من المذهب]

وقول الشيخ البرزلي : أصل المذهب، مفهومه (ص 608 ت) أن يعد ذلك الأصل وانقطاع المرجحين بتقييده، العمل بالراجح حكما وفتوى كالمشهور، ووقع في رابعة الركن الثاني من التبصرة : يلزم القاضي المقلد ألا يخرج عن المشهور إن وجده[4] وفي الورقة 24 منها في الفصل الأول من ربع

(1) السائبة : المهملة، والناقة كانت تسيب في الجاهلية لنذر ونحوه، ترتيب القاموس المحيط، ص 654 / 2.

(2) هكذا رسم الكلمة في النسختين، وما جاء في فتاوى البرزلي : وذكر شيخنا المذكور أن الواداياشي أتى برسم، ص 418 / 5.

(3) فتاوى البرزلي، ص 417 418/ 5.

(4) التبصرة، لابن فرحون، ص 64 / 1.

التقات الحاجب (هكذا) لابن فرحون : لا يجوز للحاكم والمفتي أن يعدل على المشهور إلى الصحيح، انتهى.

[العمل بالقول الراجح واجب على القضاة والمفتين]

قلت : ما به العمل مقدم عليه، لقول ابن ناجي في الورقة 29 من قسم كبيره : العمل إذا استمر لا يعدل على غيره، وصار وجود الخلاف فيه كلا خلاف، انتهى، وإذا قال القرافي وحلولو : العمل بالراجح واجب إجماعا وإذا كان كذلك، كيف يحكم قضاة الزمان بمجرد قول قائل ؟، هذا شيء ابتلينا به في هذه الأعصر الفاسدة بالقضاة الكاسدة والمفتين الحائدة.

[شروط الحكم بالحبس : ثبوت الرسم وملك المحبس والتعيين]

قولي : إذا ثبت الرسم المذكور، أي رسم الحبس، وملك المحبس، أي لما حبسه يوم التحبيس، وتعين الملك المحبس بالحيازة، ليكون حكم القاضي في معين تحوزه البينة، فهذه الشروط الثلاثة نقلها الشيخ البرزلي في الورقة 14 من حبسه، عن جواب ابن رشد[1] واعرف ثانية الأقضية من وثائق الفشتالي : إن حكم حاكم إنما يتعلق بمعين (ص 105 خ) تحوزه البينة، ولمعين على معين، وشهادة معين، واعرف الورقة 49 من أقضية البرزلي عن محمد : أن الذي جرت به الأحكام والفتيا حيازة بينة في المحكوم، واعرف الورقة (...) من ترجمة غصبه في أول الاستحقاق منه، عن جواب ابن الحاج، انتهى المراد .

[مسألة من حاز دارا على أنها حبس على الذكور ثم تبين أنها على الذكور والإناث]

وسئل، أعني الشيخ أبا القاسم عظوم، عن رجل يسكن دارا حائزا لها وله

---

(1) فتاوى البرزلي، ص 369 / 5.

ابن وبنت قد كبرا وتزوجا، وأسكنهما أبوهما معه في الدار المذكورة مدة من الزمان لحاجة الابن، لأنه رجل صنائعي، واحتمل الرجل المذكور التضييق على نفسه بإسكانهما، وهو يسمع أن جدته للأم حبست الدار المذكورة وحبست زيتونا عليه وعلى أخوته الذكور دون الإناث، وبقي هو وأخوته الذكور يستغلون الزيتون دون الإناث مدة من الزمان، وهم يظنون أن الحبس في جميع ما ذكر مختص بالذكور.

حتى قام الآن عليه وعلى أخوته بعض أولاد أخواتهم، واستظهر برسم تحبيس في الدار، برسم تحبيس في الزيتون، وذكر أولاد الأخوات أنهم وجدوا الرسمين عند رجل أجنبي، كانت الجدة المحبسة أمنته عليهما، ووجدوا في رسم تحبيس الدار أنها على الذكور والإناث، ولا يدخل الأولاد مع آبائهم إلا إذا مات قام أولاده الذكور مقامه (ص 609 ت) ولا يؤدي الساكن في الدار كراء لمن لم يسكن، فطلب أولاد الأخوات القائمون من خالهم الجائز للدار كراء المدة الماضية، وطلبوا السكنى من الآن فيها، ويخرج خالهم الحائز وأولاده ولا يسكنوها لا بالقرعة، أو مرة بعد مرة.

فهل يمكنون من كراء المدة الماضية، ومن إخراج خالهم من الدار ويسكنوها ؟، والحال أنه سابق بحوزها، وإنما سكن ولديه معه احتمالا منه للتضييق على نفسه فيما حاجته إليه منها، أو لا يمكنون من ذلك، لأن المحبسة قالت : ولا يؤدي الساكن في الدار لمن لم يسكن كراء ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، وكان الحائز (ص 106 خ) للدار المذكورة يظن أن تحبيس الدار المذكورة يختص بالذكور، ولم يكن رسم التحبيس عنده، فلا يرجع أولاد البنات القائمون بكراء الماضي ولو طالت المدة، وهي رواية ابن القاسم رضي الله تعالى عنه، هكذا وقع في حواشي الشيخ الوانوغي، رحمه الله تعالى .

[لا كراء على الأب في سكن دار ولديه لأنه يضمهما]

وإذا كان حائز الدار إنما اسكن ولديه فيما حاجته إليه منها، كما ذكر في

السؤال، فلا كراء عليه في إسكانه إياهما في المستقبل، لأن الحق في سكنى ما سكناه له، بحق حوزه وبحق حاجته لجميعها، وقاعدة الحبس المعقب أنه لا يخرج منه أحد لأحد، إلا في فروع ليست النازلة منها، ومن لم يجد مسكنا فلا كراء له.

وقد صدقت المحبسة في رسم تحبيسها بقولها : ولا يؤدي الساكن في الدار كراء لمن لم يسكن، فقولها الساكن في الدار، يتناول أفراد الساكن أي فرد كان، وألفاظ المحبس تتبع كما تتبع ألفاظ الشارع[1] والله تعالى اعلم، وبه التوفيق.

تذييله [إذا اغتل بعض المحبس عليهم الحبس لأنه لهم ثم ظهر آخر]

قولي : هكذا وقع في حواشي الشيخ الوانوغي، هو في أول استحقاقه ونصه : المتيطي وغيره، إذا اغتل المحبس بعض أصل الحبس، وهو يرى أنه منفرد به، أو سكنه، فقيل لا يرجع عليه، لا بالغلة ولا بالسكنى، وهي رواية ابن القاسم، وقيل يرجع عليه، وهو القياس، وقيل يرجع في الغلة لا في السكنى[2] .

[حق النساء لا يسقط في الحبس ويدخلن مع الرجال فيه]

اعرف فيه نص البرزلي، في الورقة 31 من حبسه، عن سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات، فيمن تصدق على ولده بما له غلة، فرارا لعدم دخول النساء فيه، واختص به الذكور، ثم بلغهن أن لهن حقا في ذلك، فطلبنه فيدخلن معه في المستقبل خاصة[3] ثم ذكر الفرق فاعرفه، وتكلم فيها ابن ناجي في رابعة استحقاق كبيره .

---

(1) يعني القول : إن شرط الواقف كنص الشارع.

(2) اختصار المتيطية، لابن هارون، ص 119.

(3) البيان والتحصيل، ص 357 / 13، ونقلها الشيخ يحيى الحطاب كاملة في شرح ألفاظ الواقفين، ص 299 .

قلت : ولسقوط الكراء في الماضي وجهان آخران (ص 610 ت) أحدهما أن (بياض في الأصل) من باب الاستحقاق، وهو أحد الأبواب الخمسة التي لا رجوع فيها بالغلة، وثانيهما : أن الولدين أسكنهما أبوهما وهو الحائز، فالحق في السكنى لحوزه ولحاجته بجميعها، فاحتمل التضييق على نفسه بترك ما سكنهما فيه لضعفهما، كما ذكر في السؤال.

[بيان استحقاق المحبس عليهم في السكنى]

وقولي : إذا كان حائز الدار، إلى قولي : وبحق حاجته لجميعها، ضمير جميعها عائد (ص 107 خ) على الدار، ووجه هذا الحكم، أنه إذا كان محتاجا إلى سكنى جميع الدار، فسكنى الولدين إنما هو في حق أبيهما، حيث احتمل التضييق على نفسه، بهضم حقه لسكنى ولديه، فكيف يستحق غيره عوض سكناهما، وهي واقعة في حق أبيهما لا في حق أولاد الأبناء الطالبين ؟.

وقولي : وقاعدة الحبس المعقب، ، إلى قولي : إلا في فروع ليست في النازلة منها، لما سبق أن الخال حائز الدار إذا كان محتاجا لجميعها، وأن إسكانه لولديه فيها إنما هو لتحمله التضييق على نفسه، فإذا (بياض في الأصل) لا كراء عليه في المستقبل، أتيت الآن بدليل على صحة هذا الدليل.

الأول : نص العلماء في الحبس المعقب أن من سكن فلا كراء عليه حيث لا يكون فضل، حسبما يأتي عن عطاء.

الثاني : نص المحبسة حيث قالت : ولا يؤدي الساكن في الدار كراء لمن لم يسكن، فأشرت إلى الدليل الأول بهذه الجملة، وهي قولي : وقاعدة الحبس المعقب أنه لا يخرج منه أحد لأحد.

[إذا عين الواقف مسكن كل محبس عليه فيختص به دون غيره]

وله مع شرط التعقيب شرط آخر، وهو أن يكون عقده مشاعا من عاقده

لم يسم فيه جزءا معينا لكل واحد من أعيان المحبس عليهم، كجعله حبسه أخماسا أو أثمانا لكل عين، وعقبه خمس أو ثمن، أو نحو ذلك من التجزئة فإن عين فيه حظ كل عين وعقبه، فلا يختص حينئذ بحوزه وسكنه من سبق إليه، اعرف ذلك في الورقة 14 من حبس ابن عرفة، وفي الورقة 32 من البرزلي عن رسم البز من سماع ابن القاسم.

[لا يخرج الساكن من المحبس عليهم إلا إذا كان لديه فضل]

ولنرجع إلى تكميل نص الدليل، قال في المدونة : ولا يخرج من الحبس أحد لأحد إلا أن يكون بيده فضل مسكن، ابن ناجي، في تاسعة حبس كبيره قول عطاء فيه تفصيل، وهو يخصص الأول، وقد أفتى الشيخ أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع : أن الحكم في الحبس المعقب أن من سكن فلا كراء عليه، ومن خرج فلا كراء له، ومن حاز شيئا فهو له، ولا يخرج منه أحد لأحد، انتهى.

وقولي : إلا في فروع ليست النازلة منها، هذه الفروع (ص 611 ت) المستثناة، يخرج فيها الساكن لغيره (ص 108 خ) وذكر الشيخ [خليل] منها في مختصره ثلاثة فروع بقوله : ولا يخرج ساكن لغيره إلا بشرط واقفه، أو سفر انقطاع، أو بعيد، انتهى[1] ومنها : كون المحبس مجرى من عاقده بغير حظه على عين وعقبه منه، على ما مر، ومنها : فرع كون المحبس الغلات، كما لو كان ربع غلة، كالأرض والعقار، على ما وقع في كلام الشيخ المغربي وابن ناجي في مسألة المدونة المذكورة.

وقولي : ومن لم يجد مسكنا فلا كراء له، هو من تمام قاعدة الحبس المعقب، فكما لا يخرج منه أحد لأحد، كذلك من لم يجد مسكنا فلا كراء له وهذان الأمران من كلام المدونة المذكور.

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 253، وتناولها بالشرح الشيخ يحيى الحطاب في شرح ألفاظ الواقفين، ص 282 288..

[من سكن الحبس من المستحقين لا يلزمه الكراء لمن خرج منه]

وقولي : صرحت المحبسة، إلى قولها : لمن لم يسكن، تصريحها هذا مذكور في السؤال، وهذه الجملة أشرت بها إلى الدليل الثاني، على أن الساكن لا يلزمه كراء للخارج، أي ساكن كان من أهل الحبس، وقولي : فقولها الساكن في الدار، إلى قولي : أي فرد كان، ففي قولها الساكن في الدار عموم دل عليه أنه مفرد محلى بأل، والقاعدة فيه أنه يكون علما، فهذا النص منها يقتضي الصدق على ما كثر من أفراد السكنى، وما قل تحكيم لمقتضى عمومه.

[دليل القول بعدم الكراء يعود لشرط المحبسة وقصدها]

فقولي : أي فرد كان من أفراد الساكن، أشرت بهذا التفسير إلى بيان عموم الساكن في قول المحبسة، ولا يؤدي الساكن في الدار، فالساكن في لفظها المحلى بأل يعم الساكن بجزء قليل، كما يعم الساكن بجزء كثير، فإذا كان الخال الحائز ساكنا بجزء كثير أو جزء قليل، فلفظها قد تناوله، فلا يؤدي كراء لمن لم يسكن، هذا مقتضى تحكيم لفظها، الذي هو كلفظ الشارع في وجوب العمل بمقتضاه، حسبما نقرره الآن مع كلام بهرام.

[عدم المطالبة بالكراء يعود لشرط المحبسة ورأي الفقهاء]

ووجه عدم مطالبة الساكن بكراء، هو قصدها الرفق بالساكن من ذريتها فإذا كان يؤدي الكراء لمن لم يسكن لزم مخالفة الدليلين، الأول : نصوص أهل العلم القائلين أن الساكن لا يلزمه كراء، والثاني : نص المحبسة القائلة : ولا يؤدي الساكن، ، إلخ، وقولي : وألفاظ المحبس تتبع كما تتبع ألفاظ الشارع هذا نص بهرام في قول المختصر : واتبع شرطه إن جاز[1] ثم ساق كلام وسط بهرام، إلخ.

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 252.

[إذا أسكن المحبس عليه أجنبيا أو باع من الدار نقضا بثمن عال]

ثم سئل عنها[1] بنحو ما مر (ص 109 خ) إلا أن في السؤال : أنه أسكن أجنبيا بالكراء، وباع من الدار نقوضا[2] بثمن له بال ؟.

فأجاب : سبق جوابي في سؤال يتعلق بتحبيس المرأة لهذا الولد، فإن أولاد الإناث[3] القائمين لا كراء لهم على الحائز عن المدة الماضية، وأن المستقبل إذا ثبت حوزه للدار المذكورة (ص 612 ت) فكذلك، كما هو شأن الأحباس المعقبة، أن من لم يجد مسكنا فلا كراء له، إلى أن قال : والحكم في الحبس المعقب، أنه لا يخرج منه حائز لغير حائز، والحق في سكنى من أسكنه ولد الحائز لأبيها بحق حوزه، وبحق حاجته لجميعها، وقبض الخال الحائز ثمن الكراء من الأجانب، لا يلزمه رده لأنه حساب الماضي، وقد أجبت عنه، وما باع من نقوض، إن ثبت ببينة لا مدفع فيها، لزمه رد مثله، فيجعله في دار المحبس، لأن رقبة الحبس لا يقسم ثمنها، كما طلب السائل، والله تعالى اعلم، انتهى.

[مسألة وقف المشاع فيما ينقسم وفي غير قابل للقسمة]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، ما نصه : وللشيخ محمد بن مقيل، عن مسألة تحبيس المشاع، ونصه بعد الصدر : ذكر الشيخ الحطاب، رحمه الله أن أقوى الأقوال في الحبس المشاع، من عقار مشترك، فيه القول بوقفه على إذن شريكه فيما لا ينقسم، وجوازه فيما ينقسم، وهذا القول هو ما جعله اللخمي المذهب، وإذا كانت الوصية المذكورة على معنى تحبيس الجزء المشاع الموصى به للمسجد، فقد علمت أن ما اقتصر عليه اللخمي وجعله المذهب وجزم الشيخ الحطاب بأنه أقوى الأقوال[4].

---

(1) أي سئل عنها الشيخ أبو القاسم عظوم.

(2) أي أنقاضا من الدار.

(3) في النسختين : الأولاد الإناث، وهو تحريف.

(4) مواهب الجليل، للإمام الحطاب، وفيه تفصيل مسألة حبس المشاع، ص 19/ 6.

لذلك أن للشريك رد تحبيس شريكه فيما لا ينقسم، هذا إن كانت النازلة مما لا يقبل القسمة، ولم يرض الشركاء بتحبيس شريكهم، ومن المعلوم المقرر في المذهب المالكي ثبوت الحكم ببيع ما لا ينقسم بدعوى شريك فيه لم يدخل على الانفراد مع نقص ثمن نصيبه مفردا عن ثمنه في بيع الجملة، ومع عدم التزام قدر النقص للشريك على أن يبيع مفردا، أو نحو هذا مما لا بد من مراعاته في الجبر على البيع حسبما هو مفصل في موضعه، والله تعالى اعلم انتهى[1] انتهى.

[مسألة العمرى لا تجوز بعوض للجهل بالمثمون]

ومن خط العروي، أثناء ما كتبه (ص 110 خ) من أجوبة الشيخ أبي القاسم عظوم، ما نصه : الحمد لله، ومن أعمر عمرى على عوض لم يجز وردت، وهو كراء فاسد، ابن ناجي، في الورقة (...) من شفعة كبيره، للجهل في المثمون، لا يدري ما يحصل له منه، ومثله في شفعة صغيره، انتهى[2].

[مسألة من شرط بيع الحبس إن احتاج هل يجوز ذلك لورثته ؟]

سؤال بخط الشيخ محمد بن مقيل رحمه الله[3] نصه : ما قول سادتنا أهل العلم، رضي الله عنهم، في مسألة : هي رجل حبس عقارا له على معين من

(1) إذا أجبر الشريك على البيع فيما لا ينقسم، يكون ذلك بشروط : 1 -أن ينقص ثمن حظ من دعا إلى البيع في حالة ما إذا بيع مفردا عن ثمنه فيما لو بيع الجميع، 2 -أن يكون فيه ضرر بين كالدار والحائط لا فيما يقصد للغلة، كالرحى والفرن، 3 -أن يكون ذلك فيما هو للانتفاع أو من ميراث، ولا يجبر على البيع من شريكه فيما اشترى للتجارة، 4 -ألا يلتزم الشريك الذي لم يرد البيع أداء النقص لشريكه الذي يريد البيع، فإن التزم فلا ...... 5 - اتحاد المدخل، تراجع هذه الشروط تفصيلا في كتاب العرف والعمل في المذهب المالكي، للأستاذ الدكتور عمر الجيدي رحمه الله، ص 452 454.

(2) المثمون، أي مقدار الكراء، وسبب عدم الجواز، لأن ساكن الدار لا يعرف كم سيعيش من السنين، لأنه سيقضي حياته في سكنى الدار، فالعمرى، لانقضاء العمر، والله اعلم، المحقق.

(3) في (ت) بخط الشيخ أحمد المكني رحمه الله.

أولاده، شارطا في عقد حبسه أنه متى احتاج رجع في حبسه وباعه، وقد قبل المحبس عليه الحبس، وحازه في حال جواز أمر الحبس، ثم مات المحبس فقام على المحبس عليه باقي الورثة زاعمين أن لهم مقالا في رد الحبس ونقضه، لوجود الشرط المذكور، فهل لهم المقال في ذلك، أم كيف الحال؟ أفيدوا الجواب، ولكم الثواب، والسلام عليكم.

ونص الجواب : الحمد لله، لا مقال لهم، لأن الواقف لم يشترط لغيره من ذريته كما اشترطه (ص 613 ت) لنفسه، والله اعلم، كتبه عبد الباقي الزرقاني، انتهى .

[إذا ثبت الحبس وحكم بصحته فلا يباع من غير شرط المحبس]

وسئل [الشيخ محمد بن مقيل] عن ورثة ورثوا عقارا، وبعضه محبس ومعقب لآخر العقب، فاتفق الورثة كلهم على صحة الحبس المذكور، وسلموا فيه لمستحقه إذ ذاك، واقتسموا غير المحبس، وحاز كل نصيبه منه، ثم الآن باع مستحق الحبس بعضه، فلما سمع به الورثة، قالوا : نريد نائبنا من المبيع حيث جاز بيعه، والمبتاع [أي المشتري] أراد أن يقوم بناءه الذي بناه في المبيع ويرجع على البائع المذكور، هل لا يجوز بيعه ولا حق للورثة المعترفين بتحبيسه فيه، وللمبتاع الرجوع على البائع، وله قيمة بنائه قائما حيث لم يعلم بتحبيسه حين الابتياع أم لا ؟.

[حكم البناء الذي تم على الحبس إذا رد البيع وفسخ]

فأجاب : إن ثبت الحبس، وحكم بصحته على الوجه الشرعي، فلا يباع الحبس من غير شرط المحبس، ويرد البيع ويفسخ، وإذا كان البائع عالما بالتحبيس، فهو مسيء في البيع، ويزجر عن ذلك بما يناسبه، حيث لم يكن له في البيع عذر يعذر به، وإذا كان المشتري غير عالم بالتحبيس، فلا يرجع عليه

بالغلة، وإذا بني المشتري في الأرض ثم استحقت منه بالحبس، ففي المختصر، إلا المحبسة فالنقض[1] انتهى، فلا يجاب (ص 111 خ) المشتري لما طلبه من قيمة البناء قائما في الأرض المحبسة، والله اعلم، وكتبه محمد بن محمد بن مقيل، وفقه الله آمين.

[حكم الغلة بعد فسخ البيع هل للمشتري أو للبائع ؟]

قلت : ولم يتكلم الشيخ على ما إذا كان المشتري عالما بالتحبيس، هل يرد الغلة ؟، لأنه لم يسأل عن ذلك، ورأيته منسوبا له، أي للشيخ محمد بن مقيل، رحمه الله، ما نصه : إذا كان المشتري غير عالم بالحبس، فلا يرجع عليه بالغلة، وإذا كان البائع هو المستحق للغلة، فليس له الرجوع بها على المشتري، على ما ذكره الشيخ الحطاب، حيث كان البائع رشيدا عالما بالوقف، وعلم المشتري بالحبس لا يمنع كون الغلة له في هذه الحالة انتهى[2]، وانظر لو كان المشتري عالما بالحبس والبائع غير عالم ؟[3].

[لا تكون الغلة للمشتري إذا كان عالما بالحبس وأقدم على شرائه]

ورأيت جوابا آخر للشيخ محمد بن مقيل، نص المراد منه : وأما الكلام على ذلك من جهة كون المبيع محبسا، فإنه على تقدير أن البيع بيع بت، لا تكون الغلة للمشتري مع علمه بالحبس، ويرجع عليه بها، واستثنى بعضهم من ذلك ما إذا كان المستحق للغلة هو البائع، وهو رشيد عالم بالحبس، وهو ما أفتى به ابن سهل، وقد تعقبه ابن ناظم العاصمية[4] في شرحها بقوله : وما قاله

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 229.

(2) لأن البائع المستحق للغلة، وهو عالم بالحبس تنازل عن غلته للمشتري، مواهب الجليل، للإمام الحطاب، ص 303 / 5.

(3) على ما أفتى به الإمام الحطاب، فإن البائع له المطالبة بالغلة، لأنه لا يعلم بالحبس، وبعد البيع يفسخ ويعيد على ما كان عليه، مواهب الجليل، ص 303 / 5.

(4) هو محمد بن أبي بكر بن عاصم، تقدمت ترجمته.

ابن سهل لا يخلو من نظر، والأرجح والأظهر رجحان قول من خالفه، لما في تسويغ الغلة (ص 614 ت) للعالم بالتحبيس قبل ابتياعه من تمكينه من ثمرة عقد باطل لا شبهة فيه، فليتأمل، والله اعلم، انتهى، وإذا كان هذا التنظير مع علم البائع بالحبس، فأحرى مع عدم علمه، والله اعلم.

[إذا كان البائع رشيدا عالما بالحبس فالمشتري لا يرد الغلة ولو كان عالما بذلك]

ورأيت لبعض من لقيناه، ممن شرح المختصر من المصريين، وهو الشيخ إبراهيم الشبراخيتي، ما نصه بعد الصدر : من اشترى موقوفا واستغله عالما بوقفيته، فإنه يرد الغلة، حيث لم يكن الموقوف عليه رشيدا عالما باستغلاله ساكتا عنه، فإن كان كذلك، فإن المشتري يفوز بما استغله من الوقف ولا يرده وإذا أخذ الموقوف عليه الوقف ممن هو في يده، بعد أن كان باعه له، فإن المشتري يرجع عليه بثمنه، فإن كان عديما استوفى من غلة الوقف، فإذا مات الموقوف عليه قبل أن يستوفي المشتري ثمنه، فإنه يرجع الوقف إلى مستحقه (ص 112 خ) شرعا، ويضيع على المشتري باقي ثمنه، كما نص على ذلك شراح المختصر، والله سبحانه وتعالى اعلم، كتبه الفقير إبراهيم الشبراخيتي المالكي، انتهى.

[إذا أعطى المحبس للمحبس عليه البيع إن احتاج، فعليه إثبات ذلك مع اليمن]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل، بما نصه : ما قولكم – رضي الله عنكم - في مسألة، وهي : إنسان حبس عقارا، وجعل للمحبس عليهم بيع بعض العقار المذكور للحاجة، فأراد بعض من نص المحبس على إخراجه من الحبس مشاركته فيما باع، هل يكون له ذلك ؟.

فأجاب، بما نصه بعد الصدر : إذا ثبت الحبس وتوفرت شرائط صحته

فإنه يعمل بشرط المحبس، أن لمن احتاج من المحبس عليهم البيع، اتباعا لنص المحبس، ويلزم المحبس عليه إثبات حاجته، واليمن على ذلك، إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق، فله البيع من غير إثبات، فيكون ثمن ما بيع من الحبس بشرطه مالا من مال المحبس عليه البائع، ولا يرجع ميراثا عن المحبس، والله اعلم، انتهى من خطه.

[إذا بيع الحبس بشرط المحبس عند الاحتياج فيكون للذكر والأنثى سواء]

وتقيد بطرته، بخط كاتبه، ما نصه : سئل مالك عن رجل جعل دارا حبسا، صدقة على ولده، لا تباع إلا إن احتاجوا إلى بيعها، فإن احتاجوا إلى بيعها، واجتمع ملاؤهم على ذلك، باعوا واقتسموا ثمنها، الذكر والأنثى فيه سواء، فهلكوا جميعا إلا رجلا، فأراد بيعها، أذلك له ؟، وقد احتاج إلى بيعها ؟، فقال : نعم، فقيل له : إن امرأة، ثم وهي بنت أخت الباقي الذي يريد أن يبيع، وهي من بنات المحبس، قالت : إن بعت فأنا آخذ ميراثي من أمي؟ قال : لا أرى لها في ذلك شيئا.

قال ابن القاسم : لو اجتمع ملاؤهم على بيعها، قسموا ثمنها على الذكر والأنثى سواء، لأنها صدقة حازوها وليست (ص 615 ت) ترجع بما يرجع به المواريث إلى عصبة التي تصدق بها، [قال] ابن رشد، قوله إلا أن يحتاجوا إلى بيعها، يريد : أو يحتاج أحدهم إلى بيع حصة منها، قل الحبس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم، فيكون ذلك له، ويبطل الحبس فيه، ويكون ثمنه ما من ماله وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا، كان الثمن مالا من مالهم على قدر حظهم في الحبس، كثروا أو قلوا، فإن لم يبق إلا واحد فاحتاج، فله الثمن كله، وبطل الحبس في الجميع بشرط المحبس، ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط حظه لأنه إنما (ص 113 خ) مات عن حبس لا يورث عنه، ويرجع إلى من معه في الحبس، ولا يورث شيء منه عن محبس، انتهى[1].

---

(1) المسألة في البيان والتحصيل، كتاب الحبس الأول، ص 217 – 218 / 12 .

[عقار محبس على أولاد وعقبهم ولهم المفاضلة والمناقلة والقسمة بكل وجه شرعي]

وسئل سيدي عثمان الحضيري بما نصه : ما قولكم فيمن حبس عقاره على أولاده وعقبهم إلى آخر العقب، ومن بعض ما شرطه في حبسه، أنه جعل لعقبه وعقب عقبه إلى آخر العقب، المفاضلة والمناقلة، والقسمة بكل وجه سائغ شرعي، ومن صار بيده شيئا من ذلك، فهو حبس على الوجه المذكور فهل يجوز للعقب مناقلة الحبس بغيره لأجنبي، ويصير ما دخل بيد العقب حبسا بشروطه، وما خرج عنه للأجنبي بطل حكم التحبيس فيه بالبيع ونحوه، أو لا يجوز ذلك للأجنبي، ويكون هذا الشرط للعقب بينهم، ولذا لم يصرح فيه بلفظ بينهم، حسبما فهم من قوله : من صار بيده شيء فهو حبس على الوجه المذكور ؟.

وإذا قلتم هذا الشرط خاص بالعقب فيما بينهم، ووقعت بينهم قسمة في الحبس، هل يجوز لهم إدخال ما هو غير حبس من العقار المشترك بينهم لقسمة العقار المحبس، ويقسم جميعه، فيأخذ هذا ما هو حبس ويتصرف فيه بشرطه ويأخذ الآخر عوضه من غير الحبس ويتصرف فيه باختياره أو لا ؟، نعم، وإذا شرط المحبس المذكور في حبسه، أن من احتاج من عقبه يبيع نصيبه من غير مشورة قاضي ولا غيره، وهو مصدق في دعواه الحاجة، ولم يصرح بالبيع لأجنبي أو غيره من شركائه في الحبس، فهل يجوز البيع للأجنبي، ويبطل حكم التحبيس فيه، أو للشريك فقط، ويكون حبسا بشروطه، أو كيف الحكم ؟.

فأجاب بما نصه، بعد الصدر : الذي يفيده نص المحبس أن المفاضلة وما معها، إما تكون بين الشركاء المستحقين للحبس من ذلك، قوله جعل لعقبه إذ يفيد هذا إنه لم يجعل ذلك للأجنبي، أو يكون مسكوتا عنه، فلا يقدم عليه إلا بدليل، ولا دليل، ومنه قوله : فهو حبس على الوجه المذكور، وأيضا فإن ألفاظ الواقفين تحمل على المقاصد، ويبعد أن يحبس ما صار للأجنبي (ص 616 ت) وما أفاده لفظ العموم يخصص عقد التحبيس للعقب كما مر.

[لا يجوز ضم الملك الخاص إلى الحبس عند المناقلة بين المحبس عليهم لاختلاف الحكم والقسمة]

ثم إذا أريدت المناقلة مثلا فيما بينهم، فلا يجوز جمع ما كان ملكا لما هو حبس، لأمرين :- الأول : تباين الحكمين (ص 114 خ) إذ يجوز في الملك القسمة، مراضاة وقرعة، ولا يجوز في الحبس إذا كان شائعا وبعضه ملكا، أن يقسم إلا بالقرعة على الأصح.

الثاني : تعلق حق العقب المترقب وجوده بذلك الحبس، فقد يصير لأبيه مثلا ما هو ملك فيبطل حق العقب، ومنع البيعة من أجنبي حينئذ مستفاد من منع المناقلة، لأنها بيع كالقسمة مراضاة.

وفي هذا القدر كفاية، والله اعلم، قاله وكتبه الفقير عثمان بن علي بن أبي بكر الحضيري، حامدا مصليا[1].

[مسألة من حبس على أعقابه وعقبهم وجعل لهم البيع عند حاجات عددها]

وبعد هذا مراجعة، نصها بعد الافتتاح : نص الحبس المسؤول عنه وجعل لعقبه وعقب عقبه إلى آخر العقب، المفاضلة والمناقلة والقسمة، بكل وجه سائغ شرعي، ومن صار بيده شيء، فهو حبس على الوجه المذكور، ومن احتاج من عقبه المذكور حاجة ظاهره، أو أراد الانتقال، أو أراد الحج إلى بيت الله الحرام، أو أصابه أمر، والعياذ بالله، من عدو الدين دمرهم الله، فله بيع

(1) جواب المفتي في محله شرعا وقانونا، ذلك أن عقار الوقف له أحكام خاصة، ومن ثم لا يجوز ضم الملك الخاص إليه لغرض إجراء المناقلة بين الموقوف عليهم، وقد بين السبب في ذلك وهو أن لكل نوع من العقارات حكمه الشرعي، ثانيا : أن قسمة العقار الخاص تختلف عن قسمة العقار الشائع بين الوقف وآخرين، لأنها لا تتم إلا بالقرعة، وإن كان النظام القانوني الحالي يجوز فيه قسمته بالمراضاة، ولكن تحت إشراف القضاء، لأنه وقف، أو بموافقة الهيئة العامة للأوقات في عقارات الوقف التي تشرف عليها، والله اعلم، المحقق.

نصيبه من غير شورة قاض ولا غيره، وجعلهم مصدقين في دعوى الحاجة من غير يمين في ذلك، انتهى محل الحاجة منه.

فهل حفظكم الله، يمنع المحبس عليه من البيع للأجنبي، والحال ما ذكر، فينفك ما بيع منه أم لا ؟، وإذا قلتم بالجواز، فهل إذا باع أحد من المحبس زاعما أنه يريد الحج، ثم لم يحج إلى أن مات، يكون بيعه صحيحا أم باطلا ؟.

فأجاب بما نصه، بعد الصدر : لا شك أن قصد المحبس معتمد كما سيأتي، وقد مر بباطن السؤال ما يرشد إلى اختصاص العقب بالمناقلة وما معها، وفي هذا السؤال أمر آخر لم يستوفه السائل من عقد التحبيس، وهو الإذن في البيع لمن أراد الانتقال، أو أصابه أسر - والعياذ بالله تعالى -ولا مرية أن قصد البيع في هذين الأمرين لمطلق من يشتري، إذ لا يرضى المحبس بتوطن عقبه بأرض يهانون بها، أو بالأسر في يد عدو الدين، وتضمحل حينئذ مراعاة قصد الاختصاص المذكور في جانب ما ذكر، ارتكابا لأخف الضررين فقد حصلت المعاوضة حينئذ.

[يجوز البيع في حالة جوازه لأحد المحبس عليهم أو لأجنبي]

ويمكن الجمع لما تقرر أن القولين، أو الكلامين، أو الدليلين، يجب الجمع بينها حيث أمكن، فعلى هذا إذا وجد المحتاج، ومن عطف عليه، من يشتري من العقب (ص 115 خ) فلا يمكن من البيع من غيرهم، وإلا باع ممن شاء، جمعا بين قصدي المحبس، ويشهد لهذا (ص 617 ت) جواب ابن علاق :

[مسألة في الحبس على طلاب العلم الغرباء]

إذ سئل عن حبس على طلاب العلم الغرباء ؟.

فأجاب : إن لم يوجد الغرباء، دفع لغير الغرباء، قال : ويشهد لهذا

مسائل المذهب، فذكرها، لأن الغرض وصول النفع للعقب[1] في الحالتين فليتأمل .

[إذا علق البيع على فعل المحبس عليه، فلا بد أن يشرع فيه]

وإذا أراد المحبس عليه الحج، فالذي يفيد ما نقله الشيخ الحطاب في كتاب الالتزام من جواب بعضهم، فيمن التزم لإنسان إن سافر، أو ما هذا معناه[2] أه يبيع مريد الحج إذا أخذ في أسباب السفر لا قبله، فإذا باع قبل ذلك، فلا ينفذ بيعه على ما يظهر من الجواب المذكور، وإذا باع ولم يحصل حج، فإنه يؤخذ منه إن كان حيا، ومن تركته إن كان ميتا، كما في مسألة ابن السبيل والغازي في أخذهما من الزكاة، وكإعانة المكاتب، فتفضل فضلة أو على طلب العلم، ونحو ذلك، ولم يحصل كما هو مقرر في محاله.

[من أخذ شيئا على سبب ولم يتحقق فلصاحبه الرجوع عليه]

وأصل هذا كله أن المعروف لازم إذا كان على سبب، ولم يظهر خلافه فإن ظهر خلافه، كان لصاحبه الرجوع، كما نقله الطرابلسي[3] ومسائله كثيرة وهذا جواب يهدي ويرشد، فليتأمله الجهابذة النقاد، فإن وافق فلله الحمد والمنة، إذ هو المراد، وإلا فالمعول على ما ظهر لمن له ذكاء وقاد، لأنه جواب من قريحة قريحة[4] وإرشاد من إفهام سقيمة جريحة، والله تعالى اعلم وبه التوفيق، قاله وكتبه الفقيه عثمان بن علي بن أبي بكر الحضيري، حامدا مصليا، انتهى من خط من نقل من خطه .

---

(1) هكذا رسم الكلمة، واعتقد أن القصد وصول النفع للمحبس في الحالتين، ويبدو سهو الناسخ في (ت)، (خ)، والمسألة سبق الاستدلال بها في ص 190.

(2) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للإمام الحطاب، ص 184.

(3) لم أقف له على ترجمة.

(4) هكذا في النسختين، ولعلها تأكيد للكلمة بتكرارها، أو أن القريحة ضعيفة، والله اعلم.

[مسألة إذا باع ولم يعرض على بقية المحبس عليهم، أو قبل اتخاذ الأسباب المعلق عليها البيع]

وبعد مراجعة أخرى، نصها بعد الافتتاح : استرشاد واستيضاح، حفظكم الله، إذا وقع البيع ولم يدر أكان بعض العرض على بقية العقب، وامتناعهم عن الشراء منه، أم قبل ذلك، وكذلك إذا لم يدر أكان بعد الأخذ في أسباب الحج أم قبل ذلك، على ما يحمل، هل على الوجه الصحيح، اعتمادا على ما تقرر من أن القول قول مدعي الصحة، ما لم يغلب الفساد أم لا ؟، وقولكم حفظكم الله، وإذا باع ولم يحصل حج.. إلخ، الظاهر أنه فيما إذا باع بعد الأخذ في الأسباب (ص 116 خ) وأن المأخوذ منه هو الثمن الذي باع به، وإذا أخذ منه أو من تركته، ماذا يفعل به ؟، وأما إذا باع قبل ذلك، فقد قلتم إنه لا ينفذ، فهو صريح في رد المبيع من مبتاعه، وإبقائه على ما كان عليه من التحبيس، وضحوا لنا الأمر، وثوابكم على الله، والسلام عليكم ورحمة الله.

فأجاب بعد الصدر، بما نصه : الذي ظهر لفهمي الركيك، فيما إذا باع المحبس عليه، ولم يدر أكان بعد العرض على بقية العقب أم لا، أن الأصل عدم العرض حتى يثبت العرض، إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان، كما هو القاعدة، فمدعي خلافه مدع، وكذا يقال فيما إذا جهل، أكان البيع بعد الأخذ في الأسباب (ص 618 ت) أم قبله، منضما[1] إلى عدم تحقق شرط البيع، بل شرط شرطه، والشك في الشرط شك في المشروط، وقد أفتى السيوري فيما إذا باع القاضي قبل ثبوت موجبات البيع، بنقض البيع، كما نقله الشيخ الحطاب، ضاعف الله له جزيل الثواب[2] ثم الذي يظهر أنه إذا باع، وقد أخذ في الأسباب، ولم يحصل المقصود، أن الثمن يجعل في مثل ما بيع، كما

---

(1) في نسخة (خ) منظما.

(2) جاء في مواهب الجليل للإمام الحطاب : إذا شرط أن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس، أنه يصح هذا الشرط، ولزم المحبس عليه إثبات حاجته واليمين على ذلك، إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق، فله البيع من غير إثبات، انتهى، ص 43 / 6.

يؤخذ من مسائل المذهب، ولك النظر بعد، والسلام من كاتبه عثمان بن علي الحضيري، انتهى، انتهى .

[مسألة من حبس على بنيه الأصاغر ومن بلغ يعود نصيبه لأخوته]

وسئل بما نصه : ما قولكم فيمن حبس على بنيه الأصاغر، وحاز لهم وجعل في نصيبه أن من بلغ منهم سقط نصيبه، وعاد لأخوته، فإذا بلغوا كلهم أو تزوجوا مثلا، رجع لجميعهم، للذكر مثل حظ الأنثيين، هل يصح هذا الشرط، ويتم حوز الأب معه أم لا ؟.

فأجاب، بعد افتتاحه : الجواب عمن حبس على بنيه الأصاغر.. إلخ، أن ذلك جائز لأنه حرم من بلغ من ذلك الحبس، وذلك له، وحوزه للأصاغر صحيح، لأنه الحائز لهم، لكن إذا بلغوا كلهم رشدا، وحازوا حوزا معتبرا، أو فيهم رشيد حاز لنفسه ولأخوته، بتوكيل الأب له، فذلك جائز أيضا، وإلا فإن لم يحصل حوز حتى حصل ما نع من موت أو فلس، أو مرض أو جنون متصلين بالموت، بطل الحبس، والله اعلم.

[مسألة من مات عن غير ولد رجع نصيبه لمستحق من أهل طبقته]

وسئل عن إنسان قال في حبسه : من مات من غير ولد، رجع نصيبه لمستحق (ص 117 خ) الحبس من أهل طبقته، فمات واحد من أبناء عم في درجته وعم، هل يدخل العم أم لا ؟.

فأجاب بما نصه، بعد الصدر : لا يدخل العم في مناب ابن أخيه الميت لقول المحبس : رجع نصيبه لمستحق الحبس من أهل طبقته، أي درجته، وهم أولاد العم، والله اعلم[1] .

---

(1) بعد هذه المسألة كتبت المسألة التي قبلها مكررة في النسختين، (ت)، (خ)، وتوجد طرة في صفحة 117 (خ) جاء فيها : هذا السؤال وجوابه مكرر مع أول الثلاثة، وانظر لم كرره، ولهذا العبارة التي كتبها الناسخ رأيت حذف المسألة المكررة، المحقق.

كتاب الهبة والصدقة وسائر التبرعــات وهديــة الثــواب

[يشترط الحيازة في صحة جميع التبرعات]

تقدم في غير ما موضع، أن سائر التبرعات لا بد في صحتها من الحيازة قبل موت المتبرع ومرضه، وتقدم في الوليمة حكم ما يهدى في الأعراس، وفي كتاب الغصب ما يتبرع به لأجل الحياء، وفي مسائل الجهاز، أن للبنت الرجوع فيما سلمت فيه لأخيها، وتقدم لأبي القاسم عظوم في الورقة الثانية، من جامع البيوع : أن الأب في صدقته على ابنه الصغير بالدار محمول على أنه لم يفرغها من شواغله[1].

[مسألة من وهب لابنه حق في جنان ثم تصرف فيه بحضور الموهوب له]

ومن كلام الشيخ عبد القادر الفاسي، وسئل عن رجل وهب واجبه في جنان، على ابن له بالغ مالك أمر نفسه، وأشهد شهيديه بالهبة والحوز بالمعاينة، وفراغه من شواغل الغريم وأمتعته، حسبما برسم الهبة أعلاه، فإذا ببينة تشهد بتصرف الواهب في موهوبه بأنواع التصرفات، على عين ولده الموهوب له وبمحضره، حسبما في رسم الاسترعاء أعلاه (ص 118 خ) ولم يثبت أنه أخلاه مدة الحيازة، حسبما أعلاه.

(1) تراجع المسائل التي نبه عليها المؤلف ولها علاقة بالهبة والصدقة في أبواب الكتاب السابقة.

فهل سيدي، يعمل على ما شهد به شهود الاسترعاء، من عدم الإخلاء أو يعمل على قول موثق الهبة : فحازه معاينة، ولا يفتقر لغير ذلك، لا لمدة الحيازة ولا غيرها، وبأن شهود الحيازة أحدهما قاطن بسويقة سيدي صافي[1]. والآخر بالشرشون[2]. والواهب والموهوب عليه بدرب الزيات[3]. قرب قبيب الناقص[4]. فهل عدولهم عن شهود سماط القرويين[5]. مع قربهم لهما وكثرتهم ووجودهم في غالب الأوقات، وبحثهم عمن احترف بغير الشهادة كتعليم الصبيان وغير ذلك، تهمة أم لا ؟، وهل تتوجه يمين على من اشترى من الموهوب له، أنه كان عالما بما شهد به شهود الاسترعاء من عدم الإخلاء أم لا ؟

فأجاب : أما قول اللفيف إنهم ما سمعوه قط وهب، فشهادة على نفي عارضتها البينة الأخرى التي شهدت بثبوتها، والمثبت مقدم على النافي، ويبقى حينئذ الكلام على الحوز، فالأولى شهدت بالحوز معاينة وقت الهبة، وهو يدل على ثبوت حوزه في الجملة، وليس في ذلك تعرض لاستمراره، ولا وقوعه في المدة المعتبرة في الهبة، فإن كل صدقة حيزت مدة طويلة، على اختلاف في الطول، هل السنة أو السنتان، فهي جائزة، وإن لم تطل المدة، وعادت إلى الواهب بالقرب، بطلت اتفاقا.

[إذا جهل تاريخ رجوع الواهب في الوثيقة يعتبر قبل السنة]

قال أبو العباس الونشريسي : وكذلك إذا جهل التاريخ، أي في وقت الرجوع، ثم إن الأصل في هذا الحوز المذكور في الشهادة الأولى الاستصحاب، لكن ذلك حيث لم يعارض، وها هنا قد عارض هذا

---

(1)، (2)، (3)، (4) أماكن في مدينة فاس بالمغرب الأقصى.

(5) لعله باب الموثقين، فهو المقصود في النازلة، ويسمى اليوم بباب العدول بفاس، جنى زهرة الآس، في بناء مدينة فاس، ص 65.

الاستصحاب (ص 620 ت) قول اللفيف : إن الواهب ما فارقه قط، ولا رفع يده عنه مدة معتبرة في الحيازة، وبقي يتصرف في تلك الهبة إلى أن مات فتلك شهادة تتضمن الرجوع، وقد رأيت أن الشيخ الونشريسي ذكر أن جهل تاريخ الرجوع مساو للعلم برجوعه قبل السنة.

[تجريح الشهود والقدح فيهم يكون أمام القضاء]

وأما مسألة النظر في شهود الهبة، فإن الاستبعاد من قوادح الشهادة، كما هو معلوم، وذلك موكول إلى نظر القاضي، فإن قويت التهمة (ص 119 خ) في نفسه على ذلك، عمل عليها، والله اعلم[1].

[حكم الهبة والصدقة في حيازة الموهوب له والمتصدق عليه ورجوعها للواهب أو المتصدق]

ووجدت بخط الشيخ محمد بن مقيل، رحمه الله، على نسخة من هذا الجواب، ما نصه : قوله وإن لم تطل.. إلخ، ظاهره العموم بالنسبة لما له غلة وغيره، فراجع المواق وغيره، فإنهم جعلوا قول المختصر : أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام[2]. فيما له غلة، بخلاف ما ليس له غلة، كالكتاب ونحوه، كما أشار إليه قبل ذلك، أو ككتاب عاد إليه بعد صرفه في صرحوا مصرفه، فإن هذا، أعني ما لا غلة له، مثل السلاح إذا أخرجه مدة، فهو من رأس ماله هكذا به في الوقف، وانظر هل الهبة والصدقة كالوقف في مسألة ما لا غلة له كالسلاح، فلا يشترط حوزه سنة، أو ليس هما كالوقف، فتبطل الصدقة والهبة فيما لا غلة له أيضا، برجوعه وعودته للواهب أو المتصدق بالقرب قبل العام ؟[3].

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 101. 1 / 102 -

(2) مختصر الشيخ خليل، ص 251.

(3) يراجع شرح الإمام المواق، مطبوع على هامش شرح الحطاب، مواهب الجليل، ص 23 / 6.

[الفرق بين الوقف والهبة والصدقة في رجوع المال إلى المتصرف]

وحكى الأجهوري عن بعض شيوخه ما يفيد هذا، وقال : وهو مقتضى صنيع المصنف، لقوله في الوقف : أو ككتاب.. إلخ، فإنه لا يبطل الوقف بذلك، وقال هنا، يعني في الهبة ولا إن رجعت إليه بعده بقرب، وظاهره سواء كانت مما لا غلة له [أو مما له غلة][1]. ثم قال : بخلاف سنة، انتهى،[2].

[رجوع الحبس للمحبس يبطله إذا كان له غلة وكذلك الهبة]

فعلى هذا يكون للعموم في قول الشيخ المجيب، حفظه الله ونفعنا به فإن كان صدقة.. إلخ، مقصودا ومعتبرا، والمتبادر من كلام المواق، عدم الفرق بين الوقف والصدقة، فإنه قال على قول المصنف في الهبة : بخلاف سنة[3]. تقدم أن هذا بالنسبة لما له غلة[4]. وبالجملة، فمحل النظر فرع الهبة والصدقة بما لا غلة له، هل يبطل بعوده للمتصدق أو الواهب بالقرب قبل السنة ؟، كما هو ظاهر كلام الشيخ المجيب.

وما ذكره الأجهوري عن بعض شيوخه أولا، يبطل بذلك حيث كان رجوعه له بعد حوزه عنه مدة، وإن لم تبلغ السنة، كما في الوقف، وهو المتبادر من قول المواق على المختصر في الهبة، بخلاف سنة، تقدم أن هذا بالنسبة (ص 621 ت) ما لا غلة له.. إلخ، فحرر ذلك، انتهى، وتقدم له في

---

(1) جملة يقتضيها السياق .

(2) جاء في مختصر الشيخ خليل : أو ككتاب عاد إليه بعد صرفه في مصرفه، ص 251. قال الإمام المواق في شرحها : نص اللخمي أن حكم الكتب تحبس ليقرأ فيها كحكم الخيل تحبس ليغزى عليها، والسلاح يقاتل بها، ونص المدونة من حبس في صحته ما لا غلة له، مثل السلاح والخيل والرقيق، وشبه ذلك، ولم ينفذها ولا أخرجها من يده حتى مات فهي ميراث، وإن كان يخرجه في وجهه، ويرجع إليه، فهو نافذ من رأس ماله، لأنه خرج في وإن أخرج بعضه وبقي بعضه، فما أخرج فهو نافذ وما لم يخرج، فهو ميراث،التاج والإكليل ص 32 / 6..

(3) مختصر الشيخ خليل، ص 254 .

(4) التاج والإكليل، للإمام المواق، ص 58 / 6.

مسائل الجهاز، أن للأخت الرجوع فيما وهبته لأخيها، أو تصدقت (ص 120 خ) به عليه، أو حازه وهي ساكتة[1].

[يجوز للنساء أن يطالبن بحقهن إذا كانت الأعراف تقضي بعدم ميراثهن]

وسئل، أعني الشيخ عبد القادر الفاسي، هل هبة الأخوات والعمات مردودة، كانت من غير سؤال أخوتهن أم لا ؟.

فأجاب : وأما هبة الأخوات والعمات، فقد وقع من الأئمة أجوبة عن ذلك، بأن البلد إن كان فيها العرف، أن أهله لا يورثونهن، فلا عبرة بتسليمهن وهبتهن، ولهن القيام، أو لورثتهن في ذلك متى شاءوا، وذلك هو الغالب في نساء البوادي، وإن كن في بلد لا يمنعن من ميراثهن وحقوقهن، صحت هبتهن وما يعقدونه من التسليم والتبرعات، انتهى[2]، ويأتي أول مسائل الحيازة شيء من هذا.

[مسألة من وهبته جدته في صغره ثم لما بلغ حاز لنفسه قبل موتها]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم عن ما حاصله : من وهبته جدته في صغره، وأذنت من قبل له وحاز، ثم بلغ وحاز لنفسه سنين قبل موتها وبعده ثم قام عليه بعض الورثة بعد قسم تركتها وحوزه سنين مع علمهم وسكوتهم يريد إبطال الهبة محتجا بأن الموهوب له[3]. لم يقع منه قبول ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، وثبت حوز عبد العزيز، بعد أن بلغ مبلغ الحوز لجميع الموهوب، وتصرفه فيه بمقتضى الهبة، كما ذكر في السؤال، في صحة الواهبة، وقيام وجهها ببينة معاينة لتصرفه المذكور، فحجته حينئذ هي الناهضة، وهبته عاملة، لوجود عقدها بأركانه وشروطه، والله اعلم وبه التوفيق.

---

(1) تنبيه المؤلف إلى مسائل سابقة لها علاقة برجوع الواهب والمتصدق فيما وهبه، حياء أو سكوتا، وهي للشيخ محمد بن مقيل، إلحاقا لما علق به على فتوى الشيخ عبد القادر الفاسي.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، 190 / 1 .

(3) في النسختين : الموهوب، والمقصود الموهوب له.

[من وهبت لابنتها ثم ردت عليها الهبة ولم يذكر في العقد أن الأم مالكة لما وهبت]

وسئل عن من كتب عليها ما مثاله : بعد أن كانت للاهم بنت فلان وهبت لابنتها رحمونة أسبابا، وهي كذا وكذا، وهبتها جميع الأسباب المذكورة بذكرها لذاك، وبعد أن كان كذلك، حضر الآن شهيديه ورحمونة المذكورة وأشهدت بأنها ردت لوالدتها المذكورة جميع ما وهبته ردا تاما، وأعادته لها ولم يبق لها في ذلك شرك ولا ملك ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فقول شهيديه بعد أن كانت فلانة وهبت ابنتها فلانة كذا وكذا، حكاية لا تفيد هبتها، ولا ثبوت ملكية الأم الواهبة والمذهب أن ملكية الشيء الموهوب لواهبه شرط صحتها، فإغفال الشاهدين صورة عقد الهبة يخلها، لأن إغفالهما صورة عقدها يصير وجودها (ص 121 خ) محتمل الوجود والعدم، وعند الاحتمال يسقط الاستدلال، فلا يقضى بالمحتمل .

[العقد المحتمل للصحة والفساد يحمل على الفساد]

والمشهور مذهب ابن القاسم، أن العقد المحتمل للصحة والفساد يحمل على الفساد، فيحمل رد المرتب (ص 622 ت) عليه، ويتمسك بأصل الجهاز الخلي عن كتب عارية، وعن طلب بها وإلى الآن، ولو سلم ملك الأم وهبتها، كما اعترفت به، فرد البنت لأمها باطل، لخلو الحوز عن معاينته وخلوه عن معاينته مخل على ما وقع في المدونة وغيرها، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا، وقد فات تداركه بموت البنت الرادة، فيبطل الرد قطعا، انتهى المراد بإسقاط ما لم يظهر في إسقاطه مضرة من الجواب والسؤال.

ثم قال في تذييله : [من شروط الهبة ملكية الواهب للشيء الموهوب]

قولي : المذهب أن الهبة لها شروط، منها ملكية الشيء الموهوب

لواهبه، هذا لما وقع في أول الهبة من وسط بهرام، ونصه : قولي وصحت من كل مملوك ينقل، احترز بالمملوك مما لا يملك، كالحر، ومثله ملك الغير وقال : ينقل احترازا من أم الولد، ومن الاستمتاع بالزوجة، ابن شعبان، من وهب ما لا يحل بيعه، بطلت هبته كانت لثواب أو غيره، كظاهر بطلان جلد الأضحية، وكلب الصيد، والمذهب الصحة، انتهى.

[قاعدة حكاية الحال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال]

قولي : وعند الاحتمال يسقط الاستدلال، وقع في القاعدة الثالثة من قواعد الخصوص والعموم، في الورقة 49 من ترتيب القواعد [قال القرافي : حكاية الحال][1]. إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال[2].

[لا يقضى بالحيازة في الحبس والهبة والرهن والصدقة إلا بالمعاينة]

وقولي : فلا يقضى بالمحتمل، هكذا وقع في الورقة الخامسة من شهادة الوانوغي عن ابن القطان[3]. وغيره، وقولي : وخلوه عن معاينة.. إلى قوله : فيبطل الرد قطعا، قول المدونة، وقع في آوائل هبتها، ونصها : ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة بينة في حبس، أو رهن، أو هبة، أو صدقة[4]. والمراد بغيرها : الأمهات المذهبية، كمختصر النهاية، وغيره، انتهى المراد.

[مسألة امرأة مسنة سلمت لحفيدها نصيبها من الميراث مقابل القيام بأمرها]

وسئل عن امرأة مسنة، نحو تسعين عاما، ثقل سمعها وعجزت، ولها

---

(1) طرة في (خ) وفي الأصل بياض بعد قوله القواعد بنحو ثلاث أو أربع كلمات، ولعل المقصود بذلك ما نقص من القاعدة المذكورة، وتم إكمالها من الكتاب الذي أشار إليه.

(2) ترتيب الفروق واختصارها، لأبي عبد الله محمد إبراهيم البقوري، ص 226 / 1.

(3) لعله أحمد بن محمد بن عيسى القرطبي الفقيه المفتي المعروف بابن القطان، كان أحفظ الناس للمدونة، وبرع في الفتاوى وعلم الوثائق والأحكام، توفى سنة 460 هـ، ترتيب المدارك ص 135 /136 /8، جمهرة تراجم فقهاء المالكية، ص 260 - 262 / 1.

(4) ما ورد في المدونة، كتاب الهبة : وإن لم يحزها حتى يموت ربها، أو تحاز له، فالهبة باطلة قلت : فالهبة في هذا والصدقة والحبس والنحل سواء ؟، أي ذلك كان فهوجائز ؟، قال : نعم إذا قبض فهو جائز، ص 401 / 4.

بنت ذات زوج نائبة عنها، وهي عند حفيدها للابن، ولها نصيب بالميراث من زوجها في ربع مخلف عنه، بداخل بلده وخارجه، طلب منها (ص 122 خ) الحفيد المذكور أن تسلم له في نصيبها المذكور، على أن يطعمها ويكسوها ويقوم بشؤونها، فسلمت له ذلك من غير قبض عنه، واعترفت له بالقبض بالشهادة العادلة، محاباة لأجل ابنتها المذكورة، ثم بعد ذلك أنكرها وطردها ولم يف بما شرط على نفسه، وتمسك بحكم ما بيده من الشهادة العادلة، فهل يصح تسليمها على الوجه المذكور (ص 623 ت) ولا مقال لها فيه، ولا يمين عليه، أو يلزمه اليمين على صحة ما شهد له شهيد التبايع من دفع الثمن ؟.

[مسألة من اشترى على أن ينفق على البائع حياته]

فأجاب : إذا كان الأمر ما ذكر، فالعقد المذكور فاسد، ويجب فسخه لحق الله عز وجل، ولا يمضي بإمضاء من أمضاه، ومن أمضاه لا تقية، فعليه جريرة إمضائه، قال في المدونة : ومن اشترى على أن ينفق على البائع حياته لم يجز، انتهى، وهذا قول مالك وابن القاسم، رضي الله عنهما[1].

وقول السائل في خاتمة سؤاله، من دفع الثمن يقتضي أن في العقد ثمن آخر، سوى الإطعام والكسوة والمؤونة، وما بعد هل الاستفهامية، ظاهره يقتضي أن الجدة منكرة الثمن، سوى ذلك ؟ والجواب عن هذا، أن ذكر الإطعام والكسوة والمؤونة في بينة حال، يقتضي أن هذه الأمور الثلاثة هي الثمن، وأن ما ذكره من ثمن آخر لا حقيقة له، وقرينة الحال المذكور معتبرة وإذا روعي ثمن آخر مع الأمور الثلاثة، كان للمثمون الواحد ثمنان، وذلك خلاف مقتضى العوائد فيرفض.

أما كون قرينة الحال المذكورة معتبرة، فلقول الشيخ ابن عرفة : التحقيق اعتبار قرائن الأحوال في النوازل، وأما كون خلاف مقتضى العادة مرفوضا فنقله

(1) المدونة الكبرى، كتاب السلم الثاني، ص 86 / 3.

الشيخ ابن عرفة عن صاحب الجواهر وعضده، فهذان الأصلان يرجحان دعوى الجدة عدم ثمن أخر، فلا أقل من توجه اليمين على حفيدها لأجل الأصلين المذكورين، أنه دفع إليها ثمن، ويسمي قدره في يمينه، بعد فسخ عقد الحرام ورجوع نصيبها إليها في الرباع المذكورة، وتدفع له ما حلف عليه، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق.

تذييله [في المسألة السابقة الدار كرأس المال والنفقة المسلم فيه]

قول المدونة وقع في أول سلمها الثاني، قال الشيخ المغربي في صغيره : ذكر هذه المسألة (ص 123 خ) في السلم لشبهها به، ووجه الشبه أن الدار كرأس المال، والنفقة كالمسلم فيه، تكررت هنا، وفي الشفعة والحبس، إلا أنه ذكرها في الحبس بلفظ العطية، وبالشفعة بلفظ الصدقة، وهنا بلفظ الشراء، ثم ذكر ما يقتضي أن هذا الحكم، قول مالك وابن القاسم.

[من أسكن رجلاً سنين مسماة أو حياته فهو بيع فاسد]

قلت : وذكرها في رابعة حبس كبيره، وفي آخره، وآخر حبس ابن ناجي، ولفظ المدونة في خاتمة الحبس: ومن أسكن رجلا دارا سنين مسماة، أو حياته، فهو بيع فاسد، والغلة المعطاة بالضمان، وترد الدار على ربها، ويتبعه بما أنفق عليه، انتهى[1] .

وقول الشيخ ابن عرفة في قرائن الأحوال، وقع في الورقة 63 من شهاداته، ونقله عن صاحب الجواهر، ووقع في الورقة 64 من شهاداته، حيث قال : صدر الشيخ بتقريره أن مدلول عوائد الناس كالإقرار، وذكر (ص 624 ت) أن مسائل المدونة واضحة به.

---

(1) المدونة الكبرى، كتاب الحبس والصدقة، ص 427 / 4 .

[كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فهي مرفوضة]

ثم أردف بقوله : فلذا قال ابن شاس مستدلا على اعتبار الحيازة، بقوله : لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فهي مرفوضة(1). لقوله تعالى ﴿وَأْمُرْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾(2). وواجب الشرع الرجوع عليه عند الاختلاف في الدعاوى فأعرفه فيه(3).

ووقع في الورقة 31 من إعلام الأعلام، عن ابن العربي(4). لا خلاف في الحكم بالأمارات، وقد اعتمد الزوج في زفاف زوجته، في تعنسها على القرينة المنزلة منزلة الشهادة، وقال القرطبي : إنزال الفقهاء الأمارة منزلة الشهادة وقال المازري : القرائن تقوم [مقام] الشهادة، انتهى، وإنما نعطها حكم الشهادة حتى جعلت القول قول الحفيد لا قول الجدة خوف كون هذه القرينة ضعيفة عن مرتبة الشهادة، والله تعالى اعلم.

واعرف الرجوع بالنفقة، وأنه يقيمها، إلا أن يكون دفع مليكة دراهم فترد إليه الجدة مليكة دراهم، وذلك في كلام المغربي، وفي حاشية الوانوغي وفي الورقة 19 من شفعة كبير الجزيري، وفي الورقة 33 من شفعة كبير ابن ناجي، وفي خاتمة حبس كبيرها، انتهى.

[من اعمر عمرى على عوض لا تجوز عند مالك]

ومن كتاب أجوبته، أعني الشيخ أبا القاسم عظوم، في آخر شفعة المدونة، ما نصه : ومن أعمر عمرى على عوض، لم تجز وردت، وهو كراء

---

(1) في النسختين : كل دعوى يثبتها العرف.... وهو تحريف، فالأصل لدى ابن شاس : كل دعوى ينفيها العرف، عقد الجواهر الثمينة، ص 212 / 3.

(2) لقمان : 17 .

(3) أي في كتاب ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ص 212 / 3، وفي هذا الرأي ما يدل على أن الفقهاء يعتبرون العرف من مصادر التشريع أيضا .

(4) لعله محمد بن علي ابن العرفي الحاتمي، له رحلة إلى المشرق، وأخذ عن أعلام، له تآليف في التصوف والتفسير وغيرهما، منها كتاب الإعلام بإشارة أهل الإلهام، توفى بدمشق، سنة 636 هـ، جذوة الاقتباس، ص 281 - 282 / 1.

فاسد[1]. ابن ناجي في الورقة 31 (ص 124 خ) من شفعة كبيره، للجهل بالمثمون، أيدري ما يحصل له منه، ومثله في ثانية شفعة صغيره، انتهى انتهى.

[تعليق المؤلف على الفتوى وتوضيح فساد العقد]

قلت : ولم يعرج في الجواب قبله على هذا التعليل، والظاهر جريانه فيها، أي مطلق الجهل، لأنه في المسألة الأولى التي هي هبة الجدة لحفيدها على أن يطعمها، الجهل بالثمن، وفي مسألة العمرى، الجهل بالمثمون، على ما فسر به ابن ناجي قولها على عوض، إذ الأصل في العوض أن يكون معلوما فكان فيها الجهل بالمثمون، والله اعلم.

[مسألة من تصدق على ابنه بعقار وسكن معه ثم تصرف فيها الابن لولده]

وسئل عن وثيقة حاصلها : رجل تصدق على ابنه بدار، وبجميع نصف حانوت له، معدا لصنعة الحدادة، وبجميع النصف مما على ملكه من ماعون الحدادة، وأذنه في حوزه ذلك عنه، فحضر ولده وقبل ذلك من والده، وحازه عنه بسكناه بالدار والحانوت المذكورين، فارغين من شواغل أبيه قبل الصدقة وفي حينها، وبأشغاله بالماعون المذكور تتميما للصدقة المذكورة، وإمضاء لحكمها.

وحاصل السؤال، أن المتصدق عليه تصرف في شطر الحانوت المذكور وأبوه يسكن معه، وتصرف في الدار بسكناه فيها وحده نحو ثلاث سنين، وبعد موت أبيه (ص 625 ت) نحو عامين، ثم باع ذلك لولد له، فسكن معه بالدار المذكورة والحانوت، وتصرف في الدار بالهدم والبناء، ثم فتح الله عليه فاشترى دارا أخرى لنفسه دون مشاركة، وانتقل إليها وترك أباه بالدار مع أخوته ثم قام الآن بعض ورثة المتصدق الأول على المتصدق عليه، وعلى ولده

(1) ما ورد في المدونة : قلت : أرأيت من أعمر عمرى على عوض، أيجوز هذا ؟ وهل تكون الدار لمن أعمرها ولورثته، ويأخذها الشفيع بالشفعة في قول مالك ؟، قال : لا، ولا يجوز هذا ويفسخ. . . لأن العمرى عند مالك مرجعها إلى الذي أعمرها، كتاب الشفعة الثاني، ص 254 / 4.

المشتري منه، وذكر أن الصدقة على الوجه المذكور غير عاملة، والحال أن هذا القائم في جميع المدة حاضر عالم بتصرفهما، على نحو ما ذكره، ولم يغير عليهما في ذلك ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كذلك، وثبت الملك للمعلم محمد المتصدق المذكور في الدار، وفي نصف الحانوت، المتصدق بها، وكان المعلم محمد المتصدق، سالما من دين محيط بماله وقت الصدقة، وكان عنده كفاية لمعاشة أو صناعة يتعيش منها، فصدقته المذكورة صحيحة عاملة، لاشتمالها على الأركان والشروط، وانتفاء الموانع، ألا ترى رسم الصدقة قد تضمن قبول المتصدق عليه (ص 125 خ) ما تصدق به والده عليه، وتضمن الحوز فيه بمعاينة عدلين، وتضمن فراغ المتصدق به من شواغل أبيه المتصدق، وكل واحدة من هذه الأمور الثلاثة من شروط صحة الصدقة.

وسكنى محمد المتصدق، وولده محمد المتصدق عليه جميعا بالحانوت المذكور، لا يقدح في الصدقة، لأن الصدقة إنما وقعت في نصفه، والنصف الآخر باق على ملك المتصدق، فبقاء يده مع يد والده المتصدق عليه، جائز صحيح على المشهور من المذهب، ولم يظهر وجه لقيام ورثة المتصدق في الصدقة المذكورة، والله اعلم، وبه التوفيق.

تذييله : [إن من تصرف فيما يملك وفيما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك فقط]

قولي : وثبت الملك للمعلم محمد المتصدق المذكور.. إلخ، احترزت به من الصدقة بما لا يملكه، كما إذا كان معه شريك في الشيء الذي تصدق به فيكون متصرفا فيما يملكه وفيما لا يملكه، فينفذ تصرفه في الأول دون الثاني اعرفه في المسألة الثانية من القاعدة الأولى من قواعد النحو، في الورقة 13 من ترتيب القواعد[1] .

---

(1) يقصد القاعدة الثالثة من المسألة الثانية : أن من تصرف فيما يملك وفيما لا يملك، نفذ تصرفه فيما يملك دون ما لا يملك، ترتيب الفروق، ص 62 / 1 .

[معنى قائم الوجه سلامته من الدين المحيط بماله وقت الصدقة]

قولي : وكان المعلم محمد المتصدق سالما من دين محيط بماله وقت الصدقة، هذا الفصل تفسير قول العلماء، قائم الوجه، فقيام وجه المتبرع، هو سلامته من الدين المحيط بماله، وقت تبرعه، ذكر ذلك الشيخ ابن عبد السلام رحمه الله تعالى، وذكره ابن ناجي في ثالثة هباته (ص 626 ت) كبيره، وقولي : كان عنده كفاية لمعاشه.. إلخ، اعرفه من أول هبة الشيخ البرزلي[1]. نقلته في الورقة 86 من الرابع.

[أركان الصدقة]

وقولي : لاشتمالها على الأركان والشروط وانتفاء الموانع، الأركان [هي] : متصدق، ومتصدق عليه، ومتصدق به، وصيغة، أي عقد جزءاه: إيجاب وقبول من موجب وقابل، واعرف الورقة 34 من الثامن .

[قبول الوقف والصدقة من الموقوف عليه]

وقولي : ألا ترى رسم الصدقة قد تضمن قبول المعلم محمد المتصدق عليه ما تصدق به والده عليه، القبول جعله الشيخ شهاب الدين والشيخ ابن عبد السلام، وابن شاس، وغيرهم، جزءا من الركن، وهو الصيغة[2]. وجعله في الشامل شرطا، ذكره في باب الوقف بقوله : وشرط قبول عليه، إن كان معينا أهلا... إلخ[3]. واعرف كتاب الأدلة المحكمة المجازة في افتقار التبرعات إلى القبول مع الحيازة[4]. ففيه إيعاب (ص 126 خ) هذا البحث .

---

(1) لعله يقصد ما ذكره البرزلي عن سحنون أنه قال : إن تصدق بكل ماله ولم يبق ما يكفيه ردت صدقته، فتاوى البرزلي، ص 464 / 5.

(2) لم يذكره ابن شاس في ركن الصيغة، بل في ركن الموقوف عليه، قال : ولا يشترط في صحة الموقوف عليه قبول، إلا إذا كان معينا، وكان مع ذلك أهلا للرد والقبول، عقد الجواهر الثمينة، ص 32 / 3 .

(3) مختصر الشيخ خليل في قوله : ولا يشترط... ولا قبول مستحقه إلا المعين الأصل، ص 252، وانظر شرح الإمام المواق عليه، ص32.

(4) لم أقف على مؤلف هذا الكتاب .

[لا بقضى بالحيازة إلا بعد معاينة بينة في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة]

وقولي : تضمن الحوز فيه بمعاينة عدلين، ضمير فيه عائد على متصدق[1]. ولفظ ما في قولي : ما تصدق به عليه، وقال في هبة المدونة : ولا يقضى بالحيازة إلا بعد معاينة بينة في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة[2]. ابن ناجي، في خامس هبة كبيره : إذا وجد بيده بعد موت واهبه، فقيل يقبل قوله : إني حزته في صحته، وليس العمل عليه، وإنما العمل عندنا على قولها من معاينة البينة لحوزه، اعرفه في الورقة 19 من مائة من الرابع.

وقولي : وتضمن الحوز فراغ المتصدق به من شواغل المتصدق، وقع في المسند المذهب عن وثائق الشيخ ابن يونس، أن قول الموثق : فارغا من شواغل المتبرع، وعقود أكريته، كل واحد من اللفظين شرط في صحة الحوز.

[شروط صحة الصدقة: القبول والحوز بالمعاينة والفراغ]

وقولي : وكل واحد من هذه الثلاثة من شروط صحة الصدقة، أردت بالثلاثة : القبول، والحوز بالمعاينة، والفراغ من الشواغل، وقولي : وسكنى محمد المتصدق وولده محمد المتصدق عليه.. إلى قولي : فبقاء يده مع يد ولده المتصدق عليه، جائز صحيح على المشهور من المذهب.

[بقاء يد المتبرع أو الواهب على بعض الشيء الموهوب أو المتبرع به دون بعض]

هذا لما وقع في أول هبة المدونة : ومن تصدق على رجل، أو وهبه نصف ماله في دار أو عبد، فذلك جائز، كما يجوز بيعه، ويحل المعطي فيه محل المعطي فيكون حوزا[3]. ابن ناجي هي من قول مالك، إلى قوله : ويحل المعطي.. إلخ، فهو من قول ابن القاسم، وهذا نص في أن المتصدق أو

---

(1) هكذا في النسختين، والمقصود به المتصدق به، فهو الذي يحاز .

(2) المدونة الكبرى، كتاب الهبة، ص 401 / 4 .

(3) المدونة الكبرى، كتاب الهبة، ص 396 / 4.

الواهب لا يملك إلا ما تصدق به أو وهبه، ونحوه في الأمهات، فلا خلاف في ذلك، وأما إذا كان جميع الدار أو جميع العبد للواهب (ص 627 ت) أو المتصدق، فوهب بعض ذلك أو تصدق به، فالمشهور أنه تصح الهبة بع بقاء يد الواهب مع الموهوب له، انتهى من ابن ناجي.

[تصح الهبة مع بقاء يد الواهب إذا كان بعد الحوز الصحيح]

قلت : قوله تصح الهبة مع بقاء يد الواهب ... إلخ، انظر هذا البقاء لليدين صحيح بعد أن وقع الحوز بالتطوف على الجميع، أو قريب حتى يردونه، فيكون الحوز بالتصرف كافيا مع بقاء يد المتصدق على ما بقى له في الملك.

قولي : ولم يظهر وجه لقيام ورثة المتصدق في الصدقة المذكورة في [رسم] الصدقة يتعلق بقيام، والمعنى أن قول السائل قام الآن بعض ورثة المتصدق، وزعم أن رسم الصدقة غير عامل، لم يذكر السائل عن (ص 127 خ) هذا القائم وجه قيامه، ولا ما أعملا (هكذا) به في عدم إعمال الصدقة ولم يظهر لي لقيامه وجه، فلو ذكر القائم وجه قيامه، لعرضته على النصوص المذهبية، وأجبت عنه بالقبول أو الرد، ولكنه لم يذكر وجها، والله اعلم انتهى.

[مسألة من تصدق على رجل بدار فحاز نصفها أو أقل من ذلك]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، ما نصه : مسألة رجل تصدقت عليه امرأة بدار، فحاز نصفها أو أقل، وبقي الآخر فحازه بعد موتها، ما الحكم ؟.

الجواب للشيخ محمد بن مقيل : ما حازه المالك لأمر نفسه، مما تصدق به عليه قبل المانع، فإنه يكون له سواء كان النصف أو أقل، وأما الذي لم يحزه في حياة المتصدقة، وبقي في يدها حتى ماتت، فإنه تبطل الصدقة فيه، ولا يفيده الحوز بعد الموت.

ومستند الجواب في شرح الشيخ الأجهوري، فقد ذكر فيه أن التفصيل بأنه سكن المتصدق جل الصدقة بطلت، وإن سكن الأقل صحت، وكان الأقل تابعا للأكثر، وإن سكن النصف، بطل النصف وصح النصف، فشرط ذلك إنما هو في حوز الولي لمحجوره مما تصدق به عليه ووهبه له، أو وقف عليه فراجعه.

وكتب في الطرة قبالته، ما نصه : راجع الجزء الأخير من البرزلي في الورقة 110، ففيه ما يخالف هذا، وحقق المسألة، انتهى[1].

[تعليق المؤلف على المسألة وتنبيه لمسائل مشابهة]

وترك بعده بياضا بنحو ثمانية اسطر، أظن أنه إنما تركه ليكتب فيه ما ذكره عن البرزلي، قلت : وقد تقدم في الصفحة الثانية من الورقة 8 من كتاب الوقف من جواب للشيخ أبي القاسم عظوم، هذا التفصيل في التبرعات، ولم يقيده فراجعه، والله اعلم.

[مسألة في الفصل بين الإيجاب والقبول في العطية]

ومن خطه ما نصه : وللشيخ محمد بن مقيل جواب معناه : من شرط تمام العطية القبول والحوز، فإذا امتنع المعطى (بالفتح) من قبول العطية، لم يكن له الرجوع لاختيار القبول إلا برضى المعطي (بالكسر) هذا ما يظهر من كلامهم، أما لو لم يثبت امتناعه من القبول، فله القبول قبل موت الواهب، بناء على أن الفصل بين الإيجاب والقبول لا يضر، كما يفيده كلام غير واحد وللتونسي في ذلك اعتراض مذكور في التوضيح، انتهى، انتهى.

---

(1) لعله يقصد ما نقله البرزلي عن ابن سهل : من تصدق على ابنه الصغير بصدقة، وعمر منها الثلث فدون، جازت الصدقة كلها، وإن عمر منها فوق النصف بطلت كلها، وإن عمر منها النصف أو دونه، وفوق الثلث، بطل ما عمر، ونفذ ما لم يعمر، فتاوى البرزلي، ص 475/ 5.

[مسألة العطية للصغير يجوز أن يحوزها له الولي ووصيه والسلطان ومقدمه]

ومن خطه أيضا : وسئل شيخنا الأجهوري، رحمه الله تعالى، عن الهبة إذا لم يعلم بها الموهوب إلا بعد موت الواهب، هل تصح لعدم القبول، كما شهره سيدي خليل، رحمه الله، وقبله الشارح ونسبه لابن رشد، لا كما اعترضه ابن غازي، وذكر أن صحة القول بذلك لا توجد ؟.

فأجاب : بأن ما ذكره ابن غازي في مسألة : إذا لم يعلم الموهوب له بالهبة إلا بعد موت الواهب من البطلان، هو الذي يجب العمل به لا ما عليه الشيخ بهرام، انتهى.

[مسألة من تصدق على أولاده ببعض عقاره في مرض الموت وله أولاد آخرين]

وسئل شيخنا محمد بن مقيل، رحمه الله، عن رجل حنفي المذهب تصدق في مرض موته على أولاده ببعض عقاره، ومات بعد ذلك بنحو الشهر عن أولاده المذكورين، وأولاد غيرهم، هل تبطل صدقته وعطيته لأولاده والحال ما ذكر أم لا ؟.

فأجاب : من غالب حاله الهلاك، كالمريض العاجز عن إقامة مصالحه خارج البيت، لا يصح تبرعه إلا من الثلث، وهو كالوصية، ولا وصية لوارث إلا بإجازة ورثته وهم كبار، والله اعلم[1]، وكتبه محمد بن محمد بن مقيل، وفقه الله، آمين انتهى.

---

(1) ذلك ما أخذ به المشرع الليبي في المادة 920 من القانون المدني، حيث نصت فقرتها الأولى على أن (كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصوف) يراجع في شرح ذلك كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، الجزء الأول، ص 253.

[مرض الموت هو الذي يعقبه الموت وليس عدم قدرة المريض على التصرف]

وانظر هل تقييده المريض بعجزه عن مصالحه.. إلخ، جار حتى في المذهب المالكي أم لا ؟، وانظر هل عدوله عن قوله : رشدا، إلى قوله : كبار، لنكتة مختصة بالمذهب الحنفي، أم لا ؟، فإن الذي استحضره من مذهب مالك، أن الشرط في المرض أن يعقبه الموت، لا أن صاحبه يقدر على التصرف[1]. وأنه لا يكفي في الورثة كونهم كبارا، أي بالغين، بل لا بد من شرط الرشد، والله اعلم.

[مسألة الوعد بالعطية غير لازم، والوفاء به من مكارم الأخلاق]

وسئل عن ما حاصله : رجل اشترى سلعة بثمن، ثم باعها بأكثر منه وقال حين عقد البيع : نريد ريالين نعطيهما لفلان، فلما سمع فلان طالبه بهما فأبى أن يعطيهما له، فهل يجبر فلان على ذلك أم لا ؟.

فأجاب بعد الصدر، بما نصه إن كان قوله : نريد ريالين نعطيهما على معنى الوعد بالعطية، فالوفاء بذلك من مكارم الأخلاق، وليس بلازم حيث لم يكن سوى مجرد الوعد، والله اعلم (ص 129 خ).

[مسألة المدين وهب جميع ما بيده لأولاده وليس له ما يسدد به الدين]

وسئل عن مدين وهب جميع ما بيده من عقار غير الحبس، على أولاده

---

(1) ورد في جامع الأمهات لابن الحاجب : وتصح هبة المريض من ثلثه وشرط استقرارها لا لزومها الحوز كالصدقة...وقال ابن الماجشون : بطلت فإن مرض أو جن بطل القبض إن اتصلا بالموت، فإن صح فله الطلب الأول.. ص 291، يراجع أيضا شرح الإمام المواق لقول الشيخ خليل : واتصلا بموته، ص 57 / 6، أما في القانون فقد اشترط الفقهاء في مرض الموت أن يقعد المريض عن قضاء مصالحه العادية المألوفة، وأن يغلب فيه الموت، أي أن يكون من الأمراض الخطيرة، وأن ينتهي بالموت فعلا، أي أن التصرف لا يكون في مرض الموت إلا إذا انتهى بالموت فعلا، فإذا بريء منه فلا تكون تصرفاته خاضعة لأحكام الوصية، الحقوق العينية المصدر السابق، ص 253 / 1.

وليس له من الناض والعروض[1]. ما يوفي بدينه ؟.

فأجاب، (ص 629 ت) : إذا ثبت الدين المذكور، وكان تاريخه متقدما عن تاريخ الهبة، ولم يكن له مال غير ما وهب، ردت الهبة، وإن كان فيها فضل لم يرد الفضل، والله سبحانه وتعالى اعلم، انتهى من خطه.

قلت : وباب الحجر أولى به[2].

[إذا اشترط الواهب الاعتصار في الهبة مطلقا فالشرط باطل]

ووجدت ما نصه : غير معزو[3]. سؤال عن مسألة اشتراط الواهب في هبته الاعتصار مطلقا، أنه لا يفيت إعصاره لها، مرضه ولا مرض الموهوب له ولا موته، ولا تزوجه، ولا حدوث دين، وأنه لا يعتصرها إلا بإشهاد فلان وفلان، أو كاتباها، ونحو ذلك، من الشروط التي لا تتضمنها الهبة شرعا، هل اشتراط الواهب ذلك عامل معتبر والهبة صحصحة ؟، أو الهبة صحيحة والشرط باطل، أم هي باطلة من أصلها ؟، وما الحكم في ذلك ؟.

الجواب عنها : فلم أر فيها نصا صريحا، ولكن مقتضى كلام من وقفت عليه من شراح المختصر، كالشارح[4]. والتتائي، والشيخ الأجهوري، وحاشية الزرقاني، أن الهبة صحيحة والشرط باطل، والله اعلم بالصواب، انتهى[5].

---

(1) الناض : هو النقد، يقال أدى الثمن ناضا، أي نقدا، والعرض في اللغة، هو كل ما عدا الذهب والفضة، وفي اصطلاح الفقهاء : هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا تكون حيوانا ولا عقارا، دليل المصطلحات الفقهية، ص 86، 104 .

(2) يقصد المؤلف من تعليقه أن هذه المسألة يجب أن تكون في باب الحجر أولى من ذكرها في كتاب الهبة .

(3) قوله : غير معزو، أي لم يذكر من افتى في المسألة.

(4) إذا ذكر الشارح لمختصر خليل، فهو الشيخ بهرام.

(5) جاء في مختصر المتيطية : مذهب مالك أن الصدقة لا تعتصر، وكذلك إن قال : هبة لله، أو عطية لله، أو نحله له، أو ابتغاء ثواب الله، أو صلة رحم، وقد جرى العمل بهذا القول، ص 251، وفي شرح الإمام المواق للمختصر : له أن يعتصر لأنها عطية لم يقرن بها ما يخلصها للقربة فجاز فيها الاعتصار كما لو شرط فيها الاعتصار، ص 64 / 6.

كتاب القضاء ونحوه

[تنبيه المؤلف إلى مسائل سابقة]

قد تقدم في كثير من الكتب شيء مما يتعلق بهذا الباب، وفي آخر الورقة السادسة من كتاب الحبس، أن حكم الحاكم يثبت بالشاهد واليمين[1]. ويأتي في أول باب المواريث يجوز للقاضي أن يأخذ من الأموال التي انقرض أربابها وصارت لبيت المال[2].

[مسألة رجل يطلب السلامة لدينه ونفسه طلب ليتولى وظيفة القضاء]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي عن رجل يطلب السلامة لدينه ولنفسه ألزمه أهل بلده أن يتولى أمرهم، فينصف مظلومهم من ظالمهم، ويعاقب من يستحق العقوبة منهم، لما يعلمون منه الأهلية لذلك، ويظنوا به العدل والقيام بحقوق ما هنالك، ورأى ذلك الرجل أنه إن اشتغل بأمرهم لا يأمن على دينه فهو سأل عن الأولى له، فهل يشتغل بخويصة نفسه، والاستعداد للآخرة وبحلوله في رمسه، ويترك الخلق وما دفعوا إليه، أو يأتمر لأمر قومه، ويرجو

(1) يراجع كتاب الحبس فيما سبق،

(2) يراجع باب المواريث فيما يأتي.

بذلك رضى ربه، وما يرجوه (ص 130 خ) الأمر الصالح المجتهد الذي لا يفرق في الأحكام بين بعيده وقريبه، وبأنه يخاف إن لم يتول هو القيام بذلك، ضياع كثير من الناس، ما الحكم، بينوا لنا ذلك مأجورين ؟.

فأجاب بما نصه، بعد الافتتاح : -

وقائلة ما لي أراك مجانبا   أمورا وفيها للتجارة مربح

فقلت لها مالي بربحك حاجة   فنحن أناس بالسلامة نفرح، (ص630)

حيث كان هذا السائل، لا يأمن على دينه كما ذكر إن اشتغل بما دعي إليه، وهو طالب سلامة دينه ونفسه، فليقتصر على الأمر المحقق، ويترك ما شك فيه «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[1] . فإنه لا يعدل بالسلامة شيء، ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، فليستغن بخاصة نفسه، وما يرجو به انقاد مهجته من النار.

[صعوبة الزمان وفساد الأخلاق تتطلب شروطا خاصة في القاضي]

وهذا زمان تمكن فيه الهوى من القلوب، وغلب على النفس فاستعصيت عن الانقياد إلى الحق، وقل فيه أو عدم المساعد والمعين، وقد وصى النبي صلى الله عليه وسلم : إذا كان الهوى متبعا بالإقبال على خاصة النفس، لأن[2] . ما ترك من الجهل شيئا من أراد أن يحدث في الوقت غير ما أظهره الله فيه[3] . ولا تصلح الولايات إلا للخواص الأقوياء[4] .

[من لم يأنس في نفسه الكفاءة وتحمل المصاعب للحكم بالحق فلا يتولى القضاء]

ومن جرب نفسه فرآها صابرة على الحق، كافة عن الشهوات في غير

(1) هذا حديث شريف، سبق تخريجه من كتاب الاستذكار، لابن عبد البر، ص 517/ 6 .

(2) في أجوبة الفاسي، إذ ما ترك، ص 119،

(3) لم أقف على هذا الأثر فيما بين يدي من المصادر .

(4) هذا مشتق من قول الإمام الغزالي : الخواص الأقوياء في الدين لا ينبغي أن يمنعوا من تقلد الولايات، إحياء علوم الدين، ص 325 / 3.

الولايات، ولكن خاف عليها أن تتغير إذا ذاقت لذة الولاية، أن يستحلي الجاه ونفاذ الأمر، فيكره العدل، فيداهن خيفة العزل، فهذا اختلف الفقهاء فيه، وهل يلزمه الفرار من الولاية؟، فقيل: لا يلزمه، لأنه خوف أمر في المستقبل والصحيح أن عليه الاحتراز، لأن النفس خداعة مدعية للحق، وواعدة بالخير فلو وعدت بالخير جزما لكان يخاف عليها التغيير، فكيف مع التردد والامتناع عن قول الولاية أهون (ص 131 خ) من العزل بعد الشروع، لأن العزل مؤلم وهو كما قيل طلاق الرجال.

[لا يجوز تولي القضاء لمن يداهن الحكام ويخاف من اتباعهم]

ثم قال في أمر القضاء: ومهما لم يقدر القاضي على القضاء إلا بمداهنتهم، أي السلاطين، وإهمال بعض الحق لأجلهم، ولأجل المتعلقين بهم، إذ يعلم أنه لو حكم عليهم بالحق، لعزلوه ولم يطيعوه، فليس له أن يتقلد القضاء، وإن تقلده فعليه أن يطالبهم بالحقوق، ولا يكون خوف العزل عذرا مرخصا له في الإهمال أصلا، بل إذا عزل سقطت العهدة عنه، فينبغي أن يفرح بالعزل إذا كان يقضي لله، فإن لم تسمح نفسه، فهو إذن يقضي لاتباع الهوى والشيطان، فكيف يرتقب عليه ثوابا، وموقع الظلمة في الدرك الأسفل من النار انتهى[1].

هذا كله مع تحصيل علم ما قلده، لأنه لا يحل لأمريء مسلم أن يقدم على أمر حتى يعلم (ص 631 ت) حكم الله فيه، أما إذا كان جاهلا بذلك، ولا يميز الحق من الباطل، ولا المعروف من المنكر، وإنما يتبع قواعد وقوانين ما أنزل الله بها من سلطان، فلا تسأل عن ذلك[2].

---

(1) إحياء علوم الدين، للإمام الغزالي، ص 325 / 3.

(2) لا يفهم من قول المفتي أن المقصود بذلك القوانين الحديثة، كما قد يتبادر إلى ذهن بعض الناس، لأن هذا الرأي قيل منذ ثلاثة قرون، وقتئذ لم تكن هناك قوانين بالمعنى المعروف حاليا ولأن التشريعات الحالية هي جزء من النظام القانوني للدولة الإسلامية، وبالتالي فإن القاضي عليه تطبيقها، وهي في الغالب تتعلق بمسائل فرعية يكثر فيها الخلاف الفقهي، وما أخذ به المشرع=

وقد راود عمر أبا هريرة رضي الله عنهما، على العمل فامتنع، فقال له : أو ليس [سيدنا] يوسف [عليه السلام] خيرا منك، وقد طلب العمل ؟، فقال : إن [سيدنا] يوسف نبي ابن نبي، وأنا ابن أميمية، فأنا أخاف ثلاثا واثنين : أن أقول بلا علم، وأقضي بغير حكم، وأن يضرب ظهري ويشتم عرضي ويؤخذ مالي[1]. نسأل الله السلامة والعفو والعافية في الدين والدنيا والآخرة والسلام[2].

وتقدم له في الورقة الثالثة، من مسائل الطاهر والنجس، كلام على ولاية النظر في الأسواق والحسبة والأمر بالمعروف، وبعض شروطه، فراجعه ثمة[3].

[مسألة قاضي طلق زوجة الغائب بدون إعسار وزوجها لآخر]

وسئل، أن قاضيا من قضاة هذا البلد، بل قاضي جماعتها، والعياذ بالله قد حكم على غائب بطلاق زوجته، وزوجها لآخر من غير إعسار، بل له مال يمكنه العداء، فاعتل القاضي بأن هذا المال تحت غلام من له السيطرة، وادعى أن ذلك من الموانع الشرعية، وأن المعدوم حسا كالمعدوم شرعا، فكتب صاحب الواقعة سؤالا إلى قاضي الجماعة، محمد بن سودة، فزيف حكم

= في كل بلد يجد سنده في قول بعض المذاهب أو أغلبهم، وأن القاعدة القانونية التي يهدف منها المشرع تنظيم المجتمع والقضاء على الظواهر التي تسبب في تشتيت العائلات مثلا، كالأخذ بالرأي الذي يقول بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة، بالمخالفة لآراء بعض الفقهاء المتمسكين بوقوع الطلاق الثلاث، ففي أخذ المشرع بالرأي الأول، رعاية للأسر وحماية للأطفال من التشرد، مما يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وقد أقر الإسلام بعض القواعد التي كانت سابقة عليه لأنها لا تخالف أصلا من أصوله، وقد جمع الشيخ مخلوف بن محمد البدوي في كتابه المقارنات التشريعية مع القانون المدني الفرنسي، أقوال الفقهاء في جواز تطبيق أحكام لم تكن معهودة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا في زمن الصحابة بقدر ما يحدثه الناس من الأمور الخارجة عن الشرع، إلى آخر ما أورده من أدلة، ص 43 - 47 / 1.

(1) الرواية ذكرها ابن حجر في الإصابة، ص 1/360 .

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 119 - 120 / 1 .

(3) هذه المسائل التي أشار إليها لا توجد في الكتاب لأنها في الجزء المبتور منه، ولم ينقلها صاحب الكناش الذي استعنت به في تغطية النقص.

القاضي، وأطال القول في التشنيع عليه، فجزاه الله خيرا على انتصاره للحق.

وحيث جاء هذا المسكين بجواب القاضي (ص 132 خ) كلمته في نقض حكمه، فقال : حكم القاضي لا ينقض، فقلت : قد فسر القاضي اليزناسي العالم بالمجتهد، وأنت مقلد، فحكمك كلا حكم، فغلب عليه حب الجاه والعياذ بالله، فاستباح المحرم رئاسة وخوفا أن يقال نقض القاضي حكمه، فلا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

[حكم القاضي الذي يرفع الخلاف مقيد بالقاضي بالمجتهد أو على إطلاقه]

وانجر الكلام بنا إلى أن ذكرنا أن حكم الحاكم يرفع الخلاف، فقلت له : لا يبعد أن يقيد ذلك بالمجتهد أيضا، فهو الذي يشبه أن يرفع الخلاف، وأما المقلد فحكمه كلا حكم، لكونه تابعا لغيره، وأي حكم لمن هذه صفته، فهل يصح أن يقيد قولهم حكم الحاكم يرفع الخلاف، بالحاكم المجتهد أو هو مطلق، وهو مشكل، لأن هذه القاعدة قد اعتمدها أكابر العلماء، حتى رأيت في المعيار أن بعض الفقهاء، قال : إن أراد أن يخرج من الخلاف ذهب إلى حاكم فإذا حكم في نازلة بحكم ارتفع عنها الخلاف.

وهذا بعيد أن يحصل لغير المجتهد، على أن قولهم : حكم الحاكم يرفع الخلاف مشكل من أصله، لوجود كثير من المسائل قد جرى العمل فيها بحكم، ويحكون فيها الخلاف بعد ذلك، كما أشار إلى ذلك سيدي عبد الرحمن الفاسي، في حاشيته على المختصر (ص 632 ت).

[وإنما جلبت لكم هذه القضية لتزدادوا عبرة بما يقع من هؤلاء القضاة أما محل الحاجة من السؤال، فهو إن قولهم حكم الحاكم يرفع الخلاف، هل يصح تقييده بالمجتهد، كما في مسألة : ولا ينقض حكم العدل العالم، أو هو مطلق][1] . وأما ما يرجع إلى حكم هذا القاضي في هذه النازلة، فأنزهكم من

(1) ما بين القوسين، سقط في (ت)، (خ) .

التلوث بالكلام فيها، وقد كفانا سيدي محمد بن سودة تلك المؤونة، وإنما انجر الكلام عليها في السؤال فقط، والسلام معاد عليكم والرحمة والبركة[1].

[بيان المقصود بقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف]

فأجاب: وأما المسألة الثالثة، وهو قولهم أن حكم الحاكم يرفع الخلاف، فمرادهم أنه يقطع النزاع في الجزئية المتنازع فيها بين الخصمين، فإذا حكم الحاكم فيها، لم يبق للمحكوم عليه مقال، أن يرفعها إلى غيره، ليحكم بخلاف ذلك الحكم، وإن كانت في الأصل ذات اختلاف، فصارت بعد الحكم فيها كالمجمع عليها، لا أن حكمه رفع الخلاف الواقع فيها وأبطله، وإلا لجاز لمن اعتقد خلاف ذلك أن يرجع عن اعتقاده، أو يجب عليه ذلك، فيرتكب على خلاف ما يعتقد فيها من الحق والحكم، وهذا ما لا يقوله أحد.

وإذا كان مرادهم هذا، فلا يظهر فرق بين المجتهد والمقلد، إذ المجتهد يعمل على نتيجة اجتهاده، والمقلد يجب عليه اتباع مقلده، ومهما خرج كل واحد منهما عن ما وجب عليه، وما هو المطلوب في حقه، كان حكمه مطروحا (ص 133 خ) على حسب ما هو مقرر ومفصل في أحكام القضاء.

ثم المقلد، إن لم تكن فيه أهلية النظر والترجيح على أصول إمامه، في الأقوال المذهبية، تعين عليه اتباع ما رسموه من التشهير، فإن حكم بغير المشهور لم يعتبر حكمه، ونقض ورد عليه في وجهه، وقد نص على هذا غير واحد من الأئمة.

ففي أجوبة أبي الفضل العقباني: ينظر في الحاكم الذي عدل عن المشهور إلى الشاذ، فإن حكم لظنه أنه المشهور، نقض حكمه، وإن حكم به مع العلم أنه الشاذ، إلا أنه ترجح عنده، فإن كان من أهل النظر، وممن يدرك

(1) ذكر المؤلف في نهاية السؤال: انتهى بإسقاط، والذي اسقط هو السؤال محل الإجابة، لذا وجب نقل المسألة بالكامل، والسؤال في أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 44 / 2.

الراجح والمرجوح - وهذا يعز وجوده - مضى حكمه، وإن لم يكن في العلم بهذه المنزلة، زجر عن مواقعة مثل هذا، وينبغي أن يؤخر عن القضاء إذا لم ينزجر، فإن الإمام الذي قدمه، والذين قدم للحكم بينهم، إنما يرضون منه الحكم بالمشهور، انتهى[1].

[الحالات التي ينقض فيها حكم القاضي]

وفي ابن عرفة : لا يعتبر من أحكام قضاة العصر، إلا ما لا يخالف المشهور ومذهب المدونة، وفي جواب للشيخ الإمام أبي عبد الله السنوسي رضي الله عنه، بعد كلام، فإذا عرفت هذا، وأن القاضي المقلد عليه الحكم بالمشهور، فلو خالفه وحكم بالشاذ، فالصحيح أنه لا ينقض حكمه، إلا أن يكون خطأ بينا، أو يقصد إلى الحكم بشيء، فيحكم بغيره غلطا، أو يكون الحكم الواقع منه بالشاذ لم يقع منه على سبيل تحري الصواب، بل على سبيل قصد الهوى، والميل للمحكوم له، فمهما وقع حكمه على واحد من هذه الأوجه، وجب نقضه[2]، (ص 633 ت).

ولا شك أن حكم قضاة هذا الزمان بالشاذ، لا يتم ولا يلتفت إليه، لأنه لا يقع إلا على الوجهين الأخيرين اللذين يجب نقض الحكم بالشاذ منهما، لأن العدل منهم لا يقصد أن يحكم إلا بالمشهور، فحيث وقع حكمه بغيره، فعلى سبيل الغلط أو الجهالة، وغير العدل إنما يعدل إلى الشاذ لغرض فاسد، من اتباع الهوى والميل للمحكوم له، وذلك كله يوجب نقض الحكم الواقع بالشاذ في هذه الأزمنة سواء وقع من العدل أو من غيره.

وقد أفتى بمثل هذا بعض مشايخنا المشاهير في قضاة هذا الزمان، وهو الحق الذي لا شك فيه، والله تعالى اعلم (ص 134 خ) وفي بعض أجوبة الشيخ

---

(1) المعيار المعرب، ص 24 / 12.

(2) المعيار المعرب، ص 44 - 46 / 12، بتلخيص واختصار.

الفقيه أبي مهدي عيسى الماواسى[1]. ما نصه : فلا ينفذ حكم الحاكم بالشاذ إذ ليس لقضاة الوقت الحكم بالشواذ، ويرد حكمهم بها، انتهى محل الحاجة منه، فتبين أن قولهم، يرفع الخلاف، أن حكم القاضي يقطع النزاع في تلك الجزئية، ولا سبيل إلى نقضه بقول آخر، إذ لا يبقى في تلك الجزئية المحكوم فيها بخصوصها خلاف.

[الحكم الذي لا ينقض هو الصادر عن المجتهد أو المقلد إذا صادف الصواب]

وهذا، إنما هو في الحكم المعتبر، وهو الصادر من المجتهد أو من المقلد إذا صادف الصواب، ولو بقول ضعيف لرجحانه عنده، إذا كان هذا المقلد ممن له القدرة على الترجيح، والنظر في الأقوال المذهبية، على قواعد إمامه وأدلته، أما عدوله إلى الضعيف على سبيل الجهالة أو الغلط، أو لمجرد التشهي واتباع الهوى، فغير معتبر.

[خلاصة القول في تطبيق قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف]

وتحصل من ذلك، أن الذي يرفع الخلاف، هو حكم الحاكم المجتهد المطلق، أو المقيد، إذا كانت له نتيجة الاجتهاد وقصد الحق، أو حكم المقلد الذي لا قدرة له على ترجيح واجتهاد بالمشهور، ولا يغتر ويتعلق في ذلك بإطلاق، ومن أطلق القول بكونه يرفع الخلاف، ولو بضعيف من الأقوال كقول الجزيري في وثائقه : ليس لقاض نقض حكم قاض قبله إذا وافق حكمه قول قائل وإن كان ضعيفا.

وقال مالك رضي الله عنه : إن القاضي إذا قضى وحكم بالحكم الذي قال [به] بعض العلماء، وإن لم يكن له علماء في ذلك الموضع، فليس لمن

(1) أبو مهدي، عيسى بن أحمد الماواسي البطيوي، المفتي بفاس، وكان من فقهائها، توفى بها سنة 896 هـ، جذوة الاقتباس، ص 502 - 503.

بعده نقضه ولا اعتراضه، وهو نافذ تام، لأن هذا خاص بالمجتهدين من القضاة وأهل العدالة والعلم منهم، حسبما رأيت في النقول المتقدمة.

ومثل هذا في أجوبة الفقيه الصالح سيدي إبراهيم بن جلال، فإنه قال : لا ينقض ما فعله القاضي المذكور على القاعدة، فيما حكم به القاضي العدل المجتهد، أنه لا ينقض إذا وافق قول قائل من أهل العلم، وإن كان ضعيفا انتهى محل الحاجة منه.

أما أحكام قضاة الوقت، فحكمها ما تقدم في كلام ابن عرفة والسنوسي وغيرهم، والله اعلم، وأما المسألة المسؤول عنها، والتي وقع فيها (ص 634 ت) الكلام، فلم تكن لتندرج في هذا المقام إذ ذلك على وجه الخطأ والجهل والله اعلم، وبه التوفيق سبحانه، انتهى[1].

[مسألة حول قول الشيخ خليل : ولا يتعقب حكم العدل العالم]

وسئل عن قول صاحب المختصر في باب القضاء : ولا يتعقب حكم العدل العالم[2]، (ص 135 خ) ما المراد به، هل المجتهد، أو كما يفهمه عامة الفقهاء من أن المراد به أمثل مقلدا، وإن لم يوافق المشهور ؟.

فأجاب : الذي يظهر من كلامهم، إنما هو المجتهد، ثم ساق ما نقله من كلام ابن جلال في الجواب قبله، ثم قال : وأما غير العالم فلا، ففي جواب لأبي مهدي الماواسي، وساق ما في الجواب قبله عنه، ثم كلام السنوسي، ثم قال : وقال الإمام ابن العباس[3]. لا يتم لقضاة زماننا الحكم بالشاذ، إنما يمضيه قاض عالم بوجوه الترجيح، وهو مفقود، وقضاة الزمان إنما يميلون للشاذ لمجرد اتباع أغراض فاسدة أو جهالة، فلا يلتفت لما أثبتوا على هذه الأمور، وقال أبو الفضل قاسم العقباني، وساق كلامه الذي في

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 51 - 52 / 2 .
(2) مختصر الشيخ خليل، ص 261 .
(3) لم أهتد إلى معرفته .

الجواب قبله ثم كلام ابن عرفة، ثم قال : والنصوص في هذا المعنى كثيرة والله اعلم انتهى.

[التنبيه على مسائل مشابهة في أبواب أخرى]

وتقدم له في الصلح شيء من هذا[1]، وللشيخ أبي القاسم عظوم في الوقف كثير منه[2].

[مسألة قبيلة قضاتها وشهودها وإمام مسجدها يشربون الخمر جهارا]

وسئل، أعني الشيخ عبد القادر الفاسي، عن قبيلة شهودها وقضاتها وطلبتها، كإمام المسجد وغيره، يشربون الخمر جهارا، كيف تكون أحكام قضاتها وشهادة عدولها، في الأنكحة والبيوعات وغيرها، والصلاة خلف إمامها، وقبض الأجر من أحباسها، أتنقض أحكام قاضيها لفسقه، ويكون النظر لغيره؟، أو ينظر في ذلك، فما كان صوابا مضى ورد الباقي؟، وكيف إن كانت فتواه وأحكامه من الكتب، ولا يعرف الفعل من الاسم؟.

فأجاب : وأما الشهود والقضاة والأئمة الذين يشربون الخمر جهارا، فلا شك أن عدول كل زمان على حسبه، ولكن ينظر الأمثل فالأمثل، والأقرب للعدالة فالأقرب، أما من كان مسخوطا عند الناس، غير مرض ولا مقبول لارتكاب الفواحش جهارا، كما ذكر، فغير جائز تصديه لذلك، لقوله تعالى ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[3]. وهذا غير مرض عند الناس ولا مقدم، وإنما تسور على الرتب الدينية ظلما وعلوا.

والذي لا تتعقب أحكامه من العدل العالم، وأما حكم الجائر والجاهل فساقط، ولا تحل الفتوى إلا للعالم المستجمع شرائط الفتوى، لا بمجرد الأخذ

---

(1) يراجع كتاب الصلح.

(2) يراجع كتاب الوقف

(3) البقرة : 282.

من الصحف والأوراق من غير تحصيل (ص 136 خ) ولا أخذ عن أهل العلم فإن ذلك ضلال وولوع بالرئاسة والتقدم «وأن الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من الناس، ولكن ينتزعه بقبض العلماء، حتى إذا لم يبق عالما اتخذ الناس رؤوسا جهالا، فسئلوا فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا»[1] انتهى[2].

[كيفية التعقيب على حكم القاضي ومتى يتم نقض حكمه]

وللشيخ محمد بن مقيل (ص 635 ت) وهو من تتمة جوابه لأهل فزان المتقدم في الوقف، ما نصه: وأما نظر الحاكم في القضية بعد حكم الحاكم الأول، ففي شرح الحطاب على المختصر، ما نص المراد منه: -

والثالث: العدل العالم لا تتعقب أحكامه ولا ينظر فيها، إلا أن يرفع أحد قضيته، ويذكر أنه حكم فيها بغير الصواب، فينظر في تلك القضية، وتنقض إن خالفت نصا قاطعا، أو جلي قياس، انتهى[3].

وقد فسر غير واحد التعقب في الأحكام بأنه اختبارها، لينظر ما وافق الحق منها وما خالفه، فيظهر من كلام الحطاب، أن المراد بعدم تعقب أحكام المتصف بوصفي العدالة والعلم، كون الحاكم الثاني لا يتعرض لاختبارها لينظر ما وافق الحق منها وما خالفه، أي أنه لا يفعل ولا يتصدى للفحص عنه إنما إذا رفعت إليه القضية، وذكر له أن الحكم جرى فيها على غير الصواب فإنه ينظر في ذلك، لكنه لا ينقضها إلا إذا وجد شرط النقض.

[نظر الحكم السابق أعم من تعقبه]

ومن البين أن التعقب بالتفسير المذكور أخص من مطلق النظر، ونفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم، وفي كلام الشيخ بهرام على قول المختصر:

---

(1) رواه الإمام مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص، في كتاب العلم من صحيحه، حديث رقم 2673، ص 2058 / 4.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 106 / 1.

(3) مواهب الجليل، للإمام الحطاب، ص 136/ 6.

ونقض وبين السبب ... إلخ[1]. ما نصه : فإن قيل تقدم أن لا يتعقب أحكام العدل العالم، وهذا يدل على مخالفته ذلك، لأن نقض حكمه فرع عن تعقبه ؟.

فالجواب : إنه يجوز أن يكون رفع إليه ذلك، فظهر له خطأه من غير فحص ذلك، انتهى.

فحاصله أنه لا يلزم من نقض الحكم الذي [هو] فرع عن تصوره، أن يكون تصوره ناشئا عن تعقبه، لجواز أن يكون نظره لرفع ذلك إليه... إلخ، إشارة لمعنى ما أفصح به الحطاب.

[ما يجب بحثه عن استئناف الأحكام بناء على طلب الخصوم]

وينبغي تحقيق النظر في هذا، مع ما ذكره ابن رشد في رسم الصبرة من سماع يحيى، إذ قال على ما في نقل غير واحد : القاضي العدل العالم لا تتصفح أحكامه ولا ينظر فيها، إلا على سبيل (ص 137 خ) التحرير لها[2]. إن احتيج إلى النظر لعارض خصومة، أو اختلاف في حد، لا على وجه الكشف والتعقب لها، إن سأل ذلك المحكوم عليه، فتنفذ كلها، إلا أن يظهر في شيء منها، عند النظر إليها على الوجه الجائز، أنه خطأ ظاهر لم يختلف فيه، فيرد ذلك [من حكمه] انتهى[3].

فيحتمل أن يكون كلام ابن رشد المسطور موافقا لكلام الحطاب، بأن يكون المراد بالنظر على وجه التحرير، الجائز في كلام ابن رشد، هو المراد بالنظر لدفع الخصم قضيته ذاكرا أن الحكم جرى على غير الصواب، وقوله : إن سأل (ص 636 ت) ذلك المحكوم عليه، محتمل لرده إلى ما سبق قوله، لا على وجه الكشف والتعقب، ويكون من تتمة الكلام السابق، كأنه على هذا مذكور لبيان الواقع، بالنظر إلى الأغلب من كون المحكوم عليه هو المتعرض

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 261 .

(2) في البيان والتحصيل : على سبيل التجويز لها .

(3) البيان والتحصيل، كتاب الأقضية الثاني، ص 256 / 9.

للخصم السائل له، ومحتمل لرده لقوله إلا على وجه الكشف والتعقيب.

ويكون حاصل كلام ابن رشد على هذا المحمل، أن نظر الحاكم الثاني يجوز إذا كان على وجه التحرير، حيث احتيج إلى النظر لخصومة عرضت، أو منازعة في الحدود وقعت، ويظهر - والله اعلم - أن هذا أعم من أن يكون الطالب لذلك، المحكوم له أو المحكوم عليه، بخلاف نظره على وجه التعقب، إن سأل المحكوم عليه، فإن نظر التعقب لا يجوز، ويكون انتفاء تعقبه من عند نفسه كالمعلوم بالأولى.

[التوفيق بين كلام ابن رشد وكلام الحطاب]

فإن قيل : أين كلام ابن رشد على هذا المحمل من كلام الحطاب ؟، فإن مفاد كلام ابن رشد أن النظر على وجه التعقب لا يجوز، وإن سأله المحكوم عليه، ومفاد ما عند الحطاب : أن له النظر إذا رفع الخصم قضيته، وذكر أن الحكم جرى فيها على غير الصواب، أليس هذا مانعا من احتمال الموافقة ؟.

قيل : هذا القدر وحده غير مسلم،كونه مانعا من احتمال الموافقة، للفرق بين مدلولي العبارتين، إذ سؤال الخصم الحاكم الثاني أن يتعقب الحكم، بمعنى أنه سأله اختباره، لينظر أوافق الصواب أم لا ؟، وهو خلاف رفعه القضية جازما بأن الحكم جرى عليه على وجه الخطأ لا الصواب، وهذا كله مذكور على سبيل الاحتمال (ص 138 خ) والرجوع في ذلك لتحقيق النقل، إذ لم يحضرني في الوقت ما يثلج الصدر، وانظروا قضية ابن الحباب[1]. في طلبه النظر في الحكم الواقع من القاضي ابن عبد الرفيع[2]. فقد ساقها ابن عرفة ولم يحضرني

(1) في الأصل ابن الجلاب، وهو تحريف، وهو أبو عبد الله محمد بن يحيى المعافري المعروف بابن الحباب، الإمام الفقيه الأصولي، أخذ عن أعلام منهم ابن عرفة، وله مؤلفات، توفى سنة 749 هـ، شجرة النور، ص 209 - 210 / 1، نيل الابتهاج، ص 239.

(2) هو أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع التونسي، تفقه على علماء عصره، وشغل القضاء، وله مؤلفات منها : معين الحكام، توفى سنة 734 هـ، شجرة النور، ص 207 / 1 .

في باب أقضيته، ولعل فيه الشفاء[1].

[الأحكام في الأحباس كغيرها في نفي التعقيب ولكنها مستثناة في التعجيز]

إذ تقرر هذا، فظاهر كلامهم أن الأحباس كغيرها في نفي تعقب الأحكام الواقعة على طلب إثباتها، وأن الحكم الجاري على طالب إثباتها لا تعجيز فيه إذ لا منافاة بين نفي التعقيب ونفي التعجيز، بل لكل مقام مقال، وقد فسر بعضهم التعجيز بأنه الحكم بعدم قبول بينة المعجز، قال : ولذلك افترقت فيه المسائل المستثناة من غيرها[2].

[تفسير التعجيز في قضايا الحبس]

ونوزع في تفسيره بما ذكر من جهة أنه إنما يصح بالنسبة لمن لم يقر على نفسه بالعجز، وذلك مما لا تعلق للغرض به هنا، وإذا كان المراد بالتعجيز هذا

---

(1) القضية التي أشار إليها الشيخ محمد بن مقيل رحمه الله : أن ابن الحباب اشترى جنة وأحدث فيها بناء معتبرا، ثم استحقت من يده، فحكم عليه ابن عبد الرفيع بقيمته منقوضا، فأنكر عليه لكون المشهور من المذهب أن له قيمته قائما، فرفع الحباب أمره للسلطان بعد موت ابن الرفيع فشكل له مجلسا من العلماء برئاسة القاضي الأجمي، قاضي الأنكحة، لاعتذار ابن عبد السلام عن ذلك، وأمضى القاضي الأجمي حكم ابن عبد الرفيع ولم ينقضه، وأيده في ذلك ابن عبد السلام، معين الحكام على القضايا والأحكام، لابن عبد الرفيع، المقدمة الدراسية للمحقق، ص 100 - 101 / 1، وقد نقل البرزلي المسألة بتفصيل أكثر في فتاواه، ص 46 - 47 / 4 .

(2) عرف الأستاذ محمد بن محمد بن عامر التعجيز في المادة 55 من ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية بما يلي (التعجيز هو تنبه المدعي لإثبات ما يدعيه مما لم يقر به خصمه، وفائدته أنه متى حصل في مسألة قطعت الخصومة في تلك المسألة بعد بحيث لا تسمع دعوى من صار تعجيزه إلا فيما سيذكر في المادة الآتية) مادة 56 (يصح التعجيز في كل دعوى سوى خمس مسائل، وهي : العتق والطلاق والنسب والوقوف والدماء، فهاته الخمسة متى وجد الطالب لها البينة أقامها وتسمع دعواه) ملخص الأحكام ص 13 - 14، وقد صاغ هذه القاعدة الشيخ أحمد بن حمادي في كتابه حادي العقول إلى بلوغ المأمول في ببنين :

يعجز الحاكم مطلوبا أتى ... ومثله المدعي جاء يا فتى
إلا في خمسة طلاق ونسب ... دم وعتق حبس فع تحب، ص 314.

المعنى المشار إليه، كان المراد بنفيه في الحبس، أن الحاكم لا يحكم بعدم قبول بينة طالب إثباتها لوقف، وفائدة ذلك أنه متى أتى بالبينة المعتبرة في ذلك عمل بها[1]. ولا يلزم من ذلك تعقب الحكم السابق، كما هو واضح (ص 637 ت) انتهى من خط الشيخ أحمد المكني.

[تطبيق القاضي أحكام مذهب مالك ومذهب أبي حنيفة في الإجراءات]

من خطه ما نصه : جواب للشيخ محمد بن مقيل، نصه بعد الحمد لله : الحكم بغير إعذار[2]. لمن يجب باطل على مذهب الإمام مالك، رضي الله عنه، أما على مذهب الإمام أبي حنيفة، فمن حق الشهادة على الحاضر أن تكون على عينه[3]. ويقبل التجريح قبل ثبوت العدالة بالبينة مطلقا، وأما بعد التزكية، فيقبل التجريح بما يكون فيه إثبات حق الشرع أو العبد، وأما على جرح مجرد فلا تقبل، قال في الدرر، وقبلت.. إلخ.

والحاصل أن القاضي إذا كان حنفيا، وأراد الحكم على مذهب أبي حنيفة، فواجب عليه في الشهادة على الحاضر أن تكون على عينه، ولا يقبل بعد التزكية الشرعية التجريح المجرد، وأما إن يلفق المسألة، فيجعل بعضها

(1) ذلك ما يتفق مع نص المادة 56 من ملخص الأحكام الشرعية المشار إليها في الهامش السابق والوقف من المسائل المستثناة من التعجيز، أي أن الطالب متى وجد البينة على الوقف أقامها وتسمع دعواه، لمزيد من شرح هذه القاعدة يراجع تبصرة ابن فرحون، ص 177 / 1، وإحكام الأحكام على تحفة الحكام، للشيخ محمد بن يوسف الكافي، ص 25، ولمعرفة الفرق بين هذه القاعدة والمعمول به في النظام القانوني الحالي، يراجع تعليقنا على المسألة في كتاب حادي العقول إلى بلوغ المأمول، للشيخ أحمد بن حمادي، هامش ص 314 .

(2) تنص المادة 49 من ملخص الأحكام الشرعية على أنه (متى ضرب الأجل فأتى المؤجل له ببينته وشهدت له أعذر للمشهود عليه في ذلك قبل الحكم....) وجاء في المادة 50 (لا يجوز للقاضي أن يحكم على شخص قبل أن يعذر إليه، بقوله : أبقيت لك حجة ؟، بعد ذلك ينظر في حجته إن عارض بالقبول أو عدمه...)، ص 34 - 35 .

(3) يقول الأستاذ محمد بن محمد بن عامر : سبب وجوب الإعذار وجعله شرطا لصحة الحكم عند المالكية، قوله تعالى ﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِۚ﴾ وأما مذهب الحنفية فلم يكن عندهم شرط صحة للحكم، فليعلم، ملخص الأحكام الشرعية، ص 34.

على مذهب مالك، ويقبل الشهادة على الحاضر من غير أن تكون على عينه ويجعل بعضها على مذهب أبي حنيفة، فيقول : لا أقبل التجريح بعد التزكية فهذا شبيه بالتلاعب، انتهى.

[التنبيه على مسائل آتيه لها علاقة بكتاب القضاء]

ويأتي له إن شاء الله في مسائل الحيازة كلام على التعجيز (ص 139 خ) وغيره مما يتعلق بقضاة الوقت.

[مسألة من طالب بحصته في الميراث ولم يقبل القاضي نسخة إثبات الملك]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم، عن امرأة ماتت، فورثها ابنتاها وعصبها ابن عم لها، وخلفت ربعا أراد أخذ حظه منه، فادعت البنتان بالهبة في جميع ما تملكه من ربع وغيره، فطلب نسخة، فأبى قاضيه منها حتى تثبت ملكيتها للربع، فأجله ثلاثة أيام، وحكم عليه بعد انقضائها بالعجز، وشهد على الرجل القائم، أنه أبى من قبول نسخة، بإملاء رجل من جهة البنتين، لاتهامه إياه، فهل يصح الحكم المذكور على الصفة المذكورة، أو حكمه باطل ؟، ويمكن العاصب من قسمة الهبة لما يقول، ولا يلزمه إثبات الملكية، لأجل قيام البنتين بالهبة في الرباع وغيرها، فهو تسليم منهما لملكها لجميع ذلك كالإقرار به ؟.

[الذي جرى عليه العمل يعطى الخصم نسخة الوثيقة وله أجل للرد]

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فيمكن العاصب القائم من نسخة الهبة التي أظهرت لدفعه عن حقه، عملا بما نقله الإمام ابن عرفة [أن] الذي جرى به العمل، أخذ النسخ مطلقا، ثم يؤجل للدفع فيها، والذي عليه العمل في القاسمية وغيرها، وعليه درج الشيخ تاج الدين في شامله[1]. شهرا لحل العقود

(1) يقصد به الشيخ بهرام، وكتابه الشامل لشرح خليل.

والدفع بالبينات، وهذا لوجوب الإعذار، وهو مركب عند المحققين للبسيط فيعطيه نسخة ويؤجله، ويقول له : أبقيت لك حجة ؟، فإن قال : لا، حكم عليه وعجزه، وإن قال : نعم، تلوم له كما ذكر (ص 638 ت).

[إجماع الفقهاء على أن القاضي لا يحكم إلا بعد الإعذار]

والحكم بدون ذلك ساقط الاعتبار، عملا بقول ابن رشد الذي به العمل إن الإعذار قبل الحكم، ويقول ابن أبي الدنيا[1]. الإعذار شرط في الحكم فالحكم بدونه باطل، ولقول الشيخ الآبي : إن حكم بدون إعذار فالأظهر فسخه، لأن الإعذار شرط في التقييد، ولقول ابن عرفه : حكم الحاكم يتوقف على الإعذار، وفي موضع آخر من مختصره، الإجماع على أن القاضي لا يحكم على المحكوم عليه إلا بعد الإعذار، ونقله ابن ناجي في كبيره وسلمه.

[التذرع بالجهل والعامية هل يقبل أمام القضاء أم لا ؟]

وعلى هذا فتأجيل الثلاثة أيام فقط، وعدم تمكينه من نسخته، معدوم شرعا في حقيقته، كما المطلوب له شرعا، والقاعدة أن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا، لاختلال الشرط أيضا[2]. إذ القاعدة (ص 140 خ) أن عدم الشرط يقتضي عدم المشروط، وما ذكره السائل من عذر القائم في امتناعه من قبول النسخة بإملاء من هو من جهة المطلوب عنه، مقبول شرعا لجهله وعاميته.

[رسالة عمر في القضاء اتخذها أهل المذهب عمدة في باب القضاء]

وقد صرح الشيخ البرزلي في غير موضع بأن عذر الجهل، عذر شرعي

---

(1) هو أبو محمد عبد الحميد بن أبي الدنيا الصدفي الطرابلسي، تقدمت ترجمته، وقوله المشار إليه في فتاوى البرزلي، ص 329 / 4 .

(2) القاعدة الثانية من قواعد الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص 59 .

فعلى الشيخ قاضي النازلة، حفظه الله تعالى، مراجعة نفسه للعثور على الحق فيمكنه من نسخة، ويعذر إليه فيها، وقد كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري، رضي الله عنهما، في رسالة القضاء، التي جعلها أهل المذهب عمدة في هذا الباب، ونص غير واحد على وجوب حفظها، ما نصه : ولا يمنعك قضاء قضيت به اليوم، فراجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع فيه، انتهى[1].

[لا يطالب بإثبات الملكية من كانت بينة خصمه تقرها]

ولا يطالب القائم بإثبات ملكية المتوفاة للربع المذكور، لموافقة بينتها المقوم عليها على ذلك، بما أظهرتاه من هبتها لهما، فاعترافهما بالملكية عامل ودعواهما الهبة لا تقبل إلا ببينة لا مدفع فيها، بعد الإعذار فيها، عملا بأصل ابن القاسم، رحمه الله، في تبعيض الدعوى إذا عمل بعضها، وهو الأول وأهمل بعضها وهو الثاني يطالب بالبينة عليه، ولا اعتراض بما وقع في باب الإقرار، لظهور الفارق. وحاصل الجواب : وجوب تمكين القائم من نسخة الهبة للإعذار، ولا يلزمه إثبات الملكية لما استلزمها دعواهما الهبة من الاعتراف بالملكية للأم الواهبة المتوفاة، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق.

[مسألة إنسان أنفق على بنت وكتب وثيقة وأسقط له مقدم البنت الإعذار]

وسئل عما حاصله : إنسان أنفق على بنت، وكتب في ذلك وثيقة وأسقط له مقدم البنت فيها الإعذار، ودفع بعضها، ثم رشدت البنت وتزوجت ومكثت سنين لم تقم فيها دفع، ولا نازعت في إسقاط الإعذار، ثم لما توفيت قام زوجها يطلب نسخة من الإنفاق المذكور للإعذار، هلم يمكن من ذلك أم لا ؟.

---

(1) تراجع رسالة سيدنا عمر في مصادر عديدة، منها كتاب إعلام الموقعين، لابن القيم، ص 86/ 1.

فأجاب، أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي : إذا كان الأمر كما ذكر وثبت سقوط الإعذار عن لطيفة المذكورة، بواجب الثبوت الشرعي من القاضي، حفظه الله (ص 639 ت) فلا يمكن زوجها من أخذ نسخة الإنفاق لانتفاء علة الأخذ المذكور في غير هذا، وإذا انتفت العلة انتفى معلولها، والله اعلم، وبه التوفيق، وكتبه أحمد بن محمد بن أحمد المسراتي (ص 141 خ).

[قاعدة إذا انتفت العلة انتفى معلولها]

فكتب الشيخ أبو القاسم عظوم، تلو ذلك : ما وقع به الجواب أعلاه عن هذه النازلة، وهو أنه إذا انتفت علة أخذ النسخة، فلا يأخذها الزوج المذكور لأن القاعدة إذا انتفت العلة انتفى معلولها، صحيح وبمثله أجيب، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق.

تذييله [شرح القاعدة السابقة وبيان مجالها في الأصول والأحكام]

قوله : إذا انتفت العلة انتفى معلولها، هذه قاعدة أصولية معقولية[1]. والعلة تسمى سببا، وهذا الحكم حاصل في السبب، إذ القاعدة أنه إذا انتفى السبب ينتفي المسبب، فالسبب يلزم من وجوده وجود المسبب، ويلزم من عدمه عدم المسبب، وهذه القاعدة، وهي إذا انتفت العلة.. إلخ، جارية على أصل الشيخ ابن عرفة، لأنه يقول بالاطراد والانعكاس في العلل، ومذهب الأصوليين أن ذلك في العلل العقلية، وأما العلل الشرعية، فلا يلزم فيها ذلك لأن الشرع يعلل الحكم بعلة واحدة، ويعلل الحكم بعلتين، فيخلف بعضها بعضا، فإذا انتفت علة، بقي الحكم لأجل بقاء علة أخرى، اعرف ذلك في باب القياس من كتب الأصوليين[2].

---

(1) يراجع في بيان ما يعلل وما لا يعلل من الأحكام، كتاب المحصول في أصول الفقه للقاضي أبي بكر بن العربي، ص 132.

(2) يراجع كتاب المحصول في أصول الفقه، للقاضي أبي بكر بن العربي، كتاب القياس، ص 127 .

ووقع في سابعة طلاق البرزلي، أصل شيخه ابن عرفة طرد العلة وعكسها، والصحيح عدم جوازه، لأن الشرع قد يعلل الحكم بعلل متعددة فإذا انعدمت خلفتها علة أخرى، انتهى.

قلت : وتكلم الشيخ ابن عرفة على المسألة في الورقة 24 من أيمان مختصره، فعلى هذا يكون قول الفقيه أحمد [المسراتي] إذا انتفت العلة.. إلخ إطلاق في موضع التقييد، وهو مغلطة، قال الشيخ ابن عرفة في (..) هبة مختصره، ومفعلة[1]. اسم مكان كثر فيه الغلط، قال الشيخ ابن مالك[2]. من اسم ما كثر اسم الأرض مفعلة، كمثل مسعبة والزايد اختزلا (هكذا).

[للمشهود عليه الحق في أخذ نسخة من أقوال الشهود لسؤالهم]

ثم اعتذر، أعني الشيخ أبا القاسم عظوم عن المسراتي، إلى أن ذكر أن معتمده في أخذ الخصم نسخة من رسم خصمه، ما وقع في الورقة الموفاة 20 من التبصرة، من الفصل السادس في سيرة القاضي مع الخصوم، ونصه : قال ابن المواز : إن سأل المشهود عليه أن تنسخ له شهادات الشهود، فذلك له لأنه قادر على أن يسألهم، أو يذكرهم، فإن ذكروا ما ذكرهم، فعليهم أن يرجعوا، ولا يضر ذلك شهادتهم الأولى، فإن (ص 142 خ) رجعوا عن شيء منها، فيقبل منهم رجوعهم ما لم يحكم بها، انتهى[3].

[المانع من الإعذار وتقديم البينة كالغائب والصبي والسفيه]

قال، أعني الشيخ أبا القاسم عظوم : وهذه النازلة ليست من هذا الأصل الذي لابن المواز، وإنما (640 ت) هي من أصل آخر، وهي أن كل ما يبقى من

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل المقصود به هو أن مغفلة على وزن مفعلة، والله اعلم، المحقق.

(2) لعله أبو عبد الله بن مالك الطائي الجياني الأندلسي، النحوي اللغوي، جمال الدين، كان أحد الأئمة في علوم العربية، له مؤلفات، توفى في دمشق، سنة 672 هـ، البداية والنهاية ص 267/ 13.

(3) تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص 49 / 1.

إعذار يلزم فيه تسمية البينة ليكون الإنسان إذا زال مانعه، وقام يطلب الإعذار يتمكن من الإعذار فيها، ثم يبين موضع هذا من التبصرة[1].

ثم قال : والمانع كغيبة الغائب إذا زال بقدومه، وكالهبة والشفعة في حق الصبي والسفيه، إذا زالا ببلوغه ورشده، وقد تقرر أن تسمية البينة في الحكم على الغائب واجبة، وبه جرى العمل.

إلى أن قال عن الإمام المازري : إذا لم يصرح القاضي بأسماء الشهود في الحكم عن الغائب، فالمشهور أن ذلك الحكم لا ينفذ، ووقع في المذهب رواية أنه ينفذ، وهي مطروحة[2]. وفي خاتمة الركن الخامس من التبصرة : أن أصل ابن القاسم، إرجاء الحجة للغائب [لأن من أصله أنه لا يقيم له وكيلا وعلى هذا يجري الخلاف في تسمية الشهود][3]. في الحكم عليه، وإن لم يسمهم فالحكم مفسوخ، ويستأنف الخصام من الصبي كالغائب، انتهى[4]. والعمل على أنه يصرح بأسماء الشهود في الحكم على الغائب والصغير، انتهى.

[يمين القضاء في حق المدعى عليه الغائب]

وفي ثالثة باب القضاء من الشامل، في بحث يمين القضاء لحق الغائب[5]. ما نصه : وهل هي واجبة أو استظهار؟، قولان، وترجى له الحجة، ونقض إن لم يسم البينة على المشهور، انتهى، قال : ولا يعارضه قوله

---

(1) الإعذار سبق توضيحه، ومنه المبالغة في العذر، ويقال : قد أعذر من أنذر، ومنه أيضا إعذار القاضي إلى من ثبت عليه حق يؤخذ منه، فيعذر إليه فيمن شهد عليه بذلك ويسأله : أبقيت لك حجة، تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص 166 / 1 .

(2) عند قضاة المالكية، تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص 86 / 1 .

(3) ما بين القوسين تصحيح من تبصرة الحكام، لوجود خلل في الأصل .

(4) تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص 88 / 1 .

(5) يمين القضاء، هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه دون طلب الخصم في حالة رفع الدعوى على ميت أو غائب، وثبوت الحق للمدعي، وقد أوجبها الفقهاء استحسانا دون سند، ونص عليها الأستاذ محمد بن عامر في المادة 180 من ملخص الأحكام الشرعية، ص 46، وصاغها الشيخ أحمد بن حمادي نظما في كتاب حادي العقول، ص 314 - 315، وعليها تعليق المحقق.

في أولا تفليسه، وسمى من تبث الحق بشهادتهم عنده، وإن لم يسمهم نفذ حكم العدل فقط، ومثله في الورقة 44 من الطرر، لأنا نقول : غيبة بعض أرباب الديون عن الإمكان والنادر، والإمكان والنادر لا حكم له، إذا تقرر هذا فلنرجع إلى تقرير ما أجبت به.

[إسقاط المقدم على الإعذار لا يمضي](1)

فقولي : إذا انتفت علة أخذ النسخة، فلا يأخذها الزوج المذكور، معناه : أن علة أخذ نسخة الإنفاق للإعذار، هي كون لطيفة التي باع القاضي عنها لدين النفقة، بكرا مهملة، لأن البيع عليها مما يبقى فيه الإعذار لها، ولو أسقط مقدم القاضي، فلتمام الموجب في الحالة الراهنة، وأما الإعذار إليها نفسها عند زوال العلة برشدها مطلوب، لأنها أعرف بمقاطع حجتها.

[ذكر الشهود في الحكم على الغائب والأيتام]

ولذا وقع في نوازل الشيخ أبي المطرف المالقي، ما نصه : الذي به العمل، التصريح بأسماء الشهود في الحكم على الغائب، وكذا في الحكم على الأيتام (ص 143 خ) إذا كان عليهم [وصي من قبل الأب](2). وهي لإرجاء الحجة على أصح القولين، إذ قد لا يعرف الوصي مقاطع حجتهم، وعليه فلا يعجز الوصي عليهم في حقهم، انتهى(3).

فإذا كان هذا فيمن عليهم وصي، فما بالك بمن هو مهمل، فلا بد من الإعذار إلى لطيفة بعد زوال علة أخذها النسخة برشدها، ولم تقم في فوره لأخذها حتى ماتت بعد ستة أعوام، ودليل رشدها مضي سبعة أعوام عليها وهي في بيت الزوج، فتمضي أفعالها وترشد بمضي عام واحد منها، وتصير رشيدة ستة أعوام (ص 641 ت) حتى ماتت.

---

(1) العنوان : طرة في نسخة (خ).

(2) ما بين القوسين سقط في (ت)، (خ)، والإكمال من أحكام أبي المطرف الشعبي المالقي.

(3) الأحكام، للقاضي أبي المطرف الشعبي المالقي، المسألة رقم 93، ص 113.

[البكر تخرج من الولاية بمضي عام من تزويجها]

وهذا، لما وقع في الورقة 59 من أقضية البرزلي، أن الذي عليه العمل أن البكر المهملة، أفعالها على الإمضاء، بمضي سنة ونحوها من دخولها، إلا أن تكون ظاهرة السفه في أفعالها قبل ذلك، قولان قائمان من نكاحها الثاني وغيره[1]. فلما ذهبت علة أخذها النسخة، وهي قيامها في رشدها، ذهب معلولها، وهو أخذها نسخة الإنفاق، فلا تمكن من أخذها لو طلبتها قبل موتها، ولا يمكن منها زوجها وارثها، لأنه إنما يملك من الحق ما لمورثته فلما سقط حق مورثته في أخذ النسخة سقط حقه.

[مسألة السكوت عن المطالبة بالحق زمنا يدل على إسقاط الساكت لحقه]

هذا وجه الاستدلال لسقوط حق الزوج في أخذ نسخة الإنفاق، وذلك لسقوط حق مورثته في أخذها، حيث لم تطلبها بفور زوال سفهها برشدها حتى سكتت ستة أعوام، حتى ماتت، يشهد لهذا ما أفتى به الشيخ ابن عرفة في مسألة قيام الزوج يريد ما أعطت زوجته بعد أن قبض المعطي وهو عالم بذلك ولم ينكر ؟.

[علم الغريم بالتفليس ولم يقم لا رجوع له على الغرماء][2]

فأجاب رحمه الله : بأن لا مقال له إن لم يقم في الفور، وأخذه من قول ابن القاسم في أول تفليسها : ومن كان من غرمائه عالما بتفليسه، فلم يقم مع من قام، فلا رجوع له على الغرماء، إلى أن قال : كعلمهم بعتقه وسكوتهم عنه، فلا يرد لهم العتق إن قاموا بعد ذلك، انتهى[3]. ثم قال الإمام المازري : أصل ابن القاسم أن السكوت علم على إسقاط الساكت حقه، انتهى المراد من

(1) فتاوى البرزلي، ص 535 / 4، وهو قول من ثمانية أقوال في البكر، تراجع في الفتاوى.

(2) العنوان : طرة في نسخة (خ).

(3) المدونة الكبرى، كتاب التفليس، ص 77 / 4 .

كلام الشيخ أبي القاسم عظوم، بإسقاط، (ص 144 خ) العزو، وما لا ضرر في إسقاطه.

[من سلم في عقار وأسقط الإعذار في تسليمه فلا يجوز لوارثه التمسك بالأعذار]

وسئل عما حاصله : إنسان سلم لزوجته في ربع دارين، واسقط الإعذار في تسليمه، بعد خروجه من الربع وتسليمه، وأكذب كل بينة تقوم به في الربع وأسقط الإيداع، قال : ومهما ظهر عليه إيداع، فلا عمل عليه، وحكم بذلك القاضي، فلما مات قام بعض ورثته، وطلب نسخة من رسم التسليم للإعذار فيه، فهل له ذلك ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فالقائم، وهو وراث المسلم المذكور إنما يرث من الحق ما لمورثه، ومورثه قد أسقط الإعذار في تسليمه، وطيب الملك على الوجه المذكور، فلم يظهر لتكرار الإعذار وجه، لأن مورثه قد أسقطه، ثم بعد أن تعلق بذلك، حكم الشيخ قاضي النازلة، حفظه الله تعالى بعد، ارتفع الخلاف بحكمه المذكور على حسب ما نص عليه أشياخ المالكية الشيخ ابن محرز، والشيخ اللخمي، وصاحب التذكير[1]. وغيرهم، وحينئذ ذلك ماض ويعمل بمقتضاه، والله اعلم، وبه التوفيق.

تذييله : [إذا أسقط المسلم الإعذار فكأنه قال : لا حق لي فيما سلمت]

قولي : ومورثه قد أسقط الإعذار، الواو : واو الحال، أي إنما يرث ما لمورثه، والحال أن مورثه قد أسقط الإعذار، وإذا كان مورثه قد أسقط الإعذار، وهو، أعني وارثه إنما يرث ما هو له، فالإعذار لم يبق له حق فيه لأنه قد أسقطه (ص 642 ت).

---

(1) لعله يقصد كتاب تذكير أولى الألباب في شرح مسائل الكتاب، لمحمد عظوم الجد، سبق التعريف به.

وقولي : على الوجه المذكور، وهو كون إسقاطه بعد خروجه من الدار وإسقاط إيداعه وتكذيب كل بينة تثبت له حقا فيما سلمه.

وقولي : فلم يظهر لتكرار الإعذار وجه، أشرت بتكرار الإعذار إلى علة منع الإعذار للقائم، وهو وارث المسلم، ومعنى أن علة منعه من الإعذار إليه هي تكرار، والقاعدة أن تعليق الحكم على الوصف، يشعر بعلية ذلك الوصف لذلك الحكم، وإذا وقع الإعذار للمسلم نفسه، وأسقط الإعذار في تسليمه فلا وجه لإعادة الإعذار لوارثه، إلا التكرار، أي الذي لا معنى له، لأن القاعدة أن كل تصرف قاصر على تحصيل مطلوب، فإنه غير مشروع، والإعذار لوارثه غير محصل لمطلوب الوارث، لأن مورثه لما أسقط الإعذار فكأنه قال (ص 145 خ) لا حق لي فيما سلمت، وهذا يلغي حق مورثه، فلا يحصل مطلوبه من الإعذار إليه، فتأمله.

[الفرق بين الأحكام التي تنقض والأحكام التي تثبت]

وقولي : على حسب ما نص عليه الأشياخ، ابن محرز... إلخ، على حسب قيد في ارتفاع الخلاف بالحكم المذكور، ثم بين محال وقوع قول ابن محرز من كتب عددها، إلى أن قال : ابن محرز لا يثبت من أحكام القضاة إلا ما حكموا به قصدا إلى الحق، إما نظرا واجتهادا، وإما تقليدا لمن صار إلى مذهبه، وأما ما حكموا به ظنا، أو جهلا، أو تحقيقا، أو قصدا إلى الباطل فوافق قول القائل من أهل المذهب، فإن الحكم بذلك ينقض، لأن الحكم بما ذكر لا يحل بإجماع الأمة، انتهى.

ثم قال : وأما الذي للخمي، فأشار إليه ابن فرحون في الورقة 29 من تبصرته، ونصه : قال اللخمي : أرى أن يكشف أحكام الجاهل، فيرد من أحكامه ما كان مختلفا فيه، لأن ذلك حدس وتخمين، والقضاء بمثل ذلك باطل، ونحوه لابن محرز، ثم نقل لابن عبد السلام تفصيلا، انتهى[1].

(1) تبصرة الحكام، لابن فرحون، وقد ذكره في نقض أحكام القاضي الجاهل، ص 73 / 1 .

[بطلان حكم القاضي إذا لم يذكر فيه سنده في الحكم]

ثم ذكر، أعني الشيخ أبا القاسم عظوم، عزو ما لصاحب التذكير، ثم قال : وأما لغيرهم، فأشرت به إلى ما وقع للشيخ البرزلي في الورقة 21 من أقضيته، ونصه : لا خلاف أنه لا يجوز الحكم بالحرز والتخمين، قال شيخنا الإمام، يعني ابن عرفة، وكثيرا ما رأيت بعض القضاة يحكم في النازلة، وهو لا يستند في حكمه لنقل يذكر بحال، لما استقرئ من حاله، إذا روجع في بعض أحكامه لم يذكر مستندا ولا رواية، ولا قولا لبعض أهل المذهب[1] .

[التمييز بين الحكم الرافع للخلاف وغير الرافع له]

قلت : قد علمت من هذه النقول، تمييز الحكم الذي يرفع الخلاف بصحته، والحكم الذي لا يرفع الخلاف لخلله، ووجوب نقضه، شرط آخر في حكم الحاكم الرافع للخلاف، وهو أن يكون الحاكم الذي حكم الخلاف عرف ذلك الخلاف وقصد مخالفته، لوجه يقتضي ذلك، قال في الورقة 41 من التبصرة : إن حكم الحاكم يرفع الخلاف، إذا علم ذلك وقصد مخالفته، فكل ما كان مختلفا فيه، وعرفه القاضي وحكم به [فإن] ما علمه من الخلاف ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة (ص 146 خ) إلى تلك الواقعة، اعرفه فيه[2] .

وقولي : وحينئذ ذلك ماض.. إلخ، تنوين حينئذ عوض عن جملة تحكيما للقاعدة العربية فيها، والإشارة بذلك عائدة على التسليم، وإسقاط الإعذار والتطييب، أي وحين ارتفع الخلاف بالحكم المذكور، كان التسليم وإسقاط الإعذار والتطييب ماضيا، ويعمل بمقتضاه، فمفهومه لو لم يرتفع الخلاف بذلك لكان حكما مختلا، فلا يوجب إمضاء ولا عدمه، بل يكون الإمضاء وعدمه بحسب ما تقتضيه النصوص الشرعية، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق.

---

(1) بقية النص : وأما لو أشكل عليه الحكم، فقال اللخمي : إنه يوقف وحسن أن يدعوهما إلى الصلح، فتاوى البرزلي، ص 63 / 4 .

(2) تبصرة الحكام، لابن فرحون، ص 90/ 1.

[حكم أخذ الأجرة على القضاء من أهل القرية أو من المتقاضين]

وسئل الشيخ محمد بن ناصر الدرعي، عن ما حاصله : من لم يجد سبيلا إلى التخلص من القضاء بين الناس، وليس له شيء في بيت المال، وهو فقير، أيأخذ الأجر على قضائه ؟[1].

فأجاب : الأجرة على القضاء تجوز من بيت المال، وتحرم إن كانت مفروقة على جميع أهل البلد، كما يفعله قضاة البادية، وتكره إن كانت على الخصمين، ولا تحرم، ويستويان فيها، ولا يجوز أن يتعدى فيها مقدار ما تعطل عن سببه بالاشتغال بفصل الخصمين، انتهى[2].

(1) لخص المؤلف السؤال، وكانت الواقعة المسؤول عنها في عن قرية سائبة ليس فيها بيت مال يأخذ منه أجرته، وألح عليه الناس بذلك .

(2) الأجوبة الناصرية، ص 80 .

كتاب الشهادات(*)

[التنبيه على مسائل في الشهادة وردت في مسائل سابقة]

تقدم في الورقة الثالثة من مسائل الربويات بطلان شهادة المشتغل بعلم الكيماء، وفي الورقة الثانية من مسائل الأيمان والنذور، بطلان شهادة الشاهد على الجور، للشيخ عبد القادر الفاسي، وله في الهبة كلام على استبعاد الشهادة والتعارض، وأن المثبت مقدم على النافي، وله في الطلاق حكم شهادة الواحد فيه، وفي النكاح، وفي العتاق، وله في الإجارة حكم شهادة معلم الصبيان[1].

[البينة العادلة مقدمة على شهادة اللفيف إذا تعارضت معها]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، هل ترجح بينة بعدلين على معارضتها باثني عشر من لفيف العوام ؟.

فأجاب : إن البينة العادلة مقدمة على اللفيف، إذ لا عبرة بكثرة العدد مع ضعف العدالة في مقابلة البينة العادلة، انتهى[2].

(*) توجد طرة في نسخة (خ) بجانب عنوان الكتاب، جاء فيها : في الأصل بياض الصفحة وربعها .

(1) تراجع المسائل في محلها الذي أشار إليه المؤلف.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 190 / 1 .

[مسألة في تساهل بعض القضاة في قبول شهادة ظاهر الجرحة واللفيف]

وسئل عن الشهود في البادية، كثيرا ما يتساهل القضاة في شهادة ظاهر الجرحة، ويجوزون شهادة الاثني عشر كيف ما كانوا، وإن عاملوا بالربى وضيعوا الصلاة، وأتبعوا الشهوات، مع نصوص الأئمة في بطلان شهادة الشاهد إذا لم يأت بالطمأنينة، أو لم يفرق بين فرائض الوضوء ومسنونه (ص 147 خ) أو لم يعرف قدر ما تجب فيه الزكاة، إن وجبت عليه، وغير ذلك (ص 644 ت) من المسائل التي أهمل التعرض للسؤال عن حال الشاهد فيها الكثير، وهل لهم في ذلك الحد الذي جعلوه نصابا نص صرح، أو تخريج معمول به، ولقد وقفت على اختلاف ابن القاسم وسحنون في قبول شهادة العشرين من الحملاء، وما عند سحنون في ردها، إذ هي في حيز اليسير ؟.

فأجاب : أما اللفيف فإنه غير منظور فيه للعدالة وتحقيقها، بل هو مبني على التسامح والتساهل في ذلك، ولكنه لا بد فيه من ملاحظة نفي ما يمكن الرجوع إلى شهادته، كما قال ابن عرفة : الواجب في قبول غير العدل عند الحاجة إليه، سلامته من جرحة الكذب، وإلا لم يقبل اتفاقا، وقال الباجي عن محمد في شهادة الصبيان في الجراح : لم يختلف أنه لا ينظر إلى عدالتهم أو جرحتهم[1] . قال ابن عرفة أيضا : الأظهر اعتبار منع الكذب قبول شهادة من عرف بالكذب منهم.

فإذن، ليس اللفيف محلا للأعذار مطلقا بكل قادح، لأنه غير مشروط فيه العدالة، ويعذر فيه السفه، كمن كان يعرف منهم بالمجون والأوصاف الرذيلة كالقمار والزمالة، والعداوة أو الصداقة الخاصة، أو القرابة للمشهود له، قال شيخنا أبو عبد الله العربي الفاسي، في تأليف له في اللفيف[2] . بقي أن يقال : ما تقدم في الإعذار بالسفه، هل المراد به أن يثبت ذلك في الجماعة كلها، أو

---

(1) المنتقى، للإمام الباجي، ص 230 / 5 .

(2) يقصد شهادة اللفيف، وهو رسالة للشيخ أبي حامد محمد العربي الفاسي، ص 24، نشر مركز إحياء التراث المغربي بالرباط، وقد نقل المؤلف هذه الرسالة في كتاب الجامع بآخر الكتاب.

في بعضها، فيقال : هو محتمل لهما، فإن كانت الجماعة كلها من الزفاته أو الزمالة، أو ما يجري مجراهم، لم تقبل، وكذلك إن كانت ملفقة من صنفين أو أكثر، وأما إن كان في بعض الجماعة فقط على تلك الحالة، فإنه يلغى، فإن بقي من العدد ما يكفي بذلك، وإلا طلب غيره.

[ليس لعدد اللفيف حد وهو موكول إلى اجتهاد القاضي]

وقال الشيخ أبو عبد الله العبدوسي : إن العدد موكول إلى اجتهاد القضاة، ويختلف باختلاف أحوال الناس، فلا بد من اعتبار الأحوال والنظر فيها، وأما الاقتصار على الاثني عشر، فإنه لا أصل له، وإن كان مذكورا من جملة الأقوال في عدد التواتر، وإنما المقصود والمعتبر هنا، ما يحصل الظن الغالب بالصدق في الشهادة، بأي عدد كان قليلا أو كثيرا، بل ذلك بحسب القرائن والنظر في الأحوال(1). وفي تأليف شيخنا المذكور الشفاء في هذا المعنى، فمن أراد استيفاء ذلك، فليطالعه، وهذه نبذة (ص 148 خ) منه انتهى(2).

[لا نص في شهادة اللفيف وتم العمل به استحسانا]

قلت : وسأنقله برمته إن شاء الله في كتاب الجامع لمسائل الكتاب(3).
وقوله لا مستند له، قال سيدي العربي في الكتاب المذكور : أي لا نص في عينه، وإنما عمل الناس به استحسانا وقياسا على غيره، مما أجيز للضرورة انتهى.

[يشترط في شهادة اللفيف أن يؤدوها أمام القاضي بعد توثيقها]

وسئل عن رجل استحق أرضا بشهادة لفيف من الناس، أنها (ص 645

(1) رسالة اللفيف، ص 9 .

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 30 - 31 / 2 .

(3) يراجع كتاب الجامع، وفيه نقل المؤلف رسالة اللفيف بكاملها، حسبما أشار إلى ذلك في تعليقه.

ت) ماله وملكه أحياها، وذلك برسم قديم، على المألوف في صناعة التوثيق مسجل، وفوق رسم التسجيل بخط القاضي، شهدوا لدى من قدم لذلك فثبت وفوق خطه أسماء شهود موتى، وليس ثم ما يقتضي تأديتهم لدى القاضي ولا استفسارهم، هل يحكم بصحة شهادتهم أو بإبطالها ؟.

فأجاب : أما شهادة اللفيف، فلا بد أن يشهدوا ويؤدوا عند القاضي، وأما أداؤهم عند المقدم لذلك فقط، فلا عبرة بهذا الأداء، إذ الأداء المعتبر إنما يكون عند القاضي، وذلك الآخر إنما هو نقل شهادة، ولا يخفى على أحد أن القاضي لا يبني حكمه على هذه الشهادة، لأن نقل الشهادة لها شروط مقررة في محلها، انتهى[1] .

[مسألة المشهود عليه هل يجوز له تحليف الشاهد أو يحلفه القاضي ؟]

وسئل، أعني الشيخ عبد القادر الفاسي، هل للمشهود عليه أن يحلّف الشهود إن اتهمهم بزور ؟، فإن قلتم بالجواز، فهل في ذلك نص وارد، أو إحداث حكم مستنبط على قدر ما أحدث الناس من الفجور، إذ كثير من العامة من يبادر إلى أداء الشهادة فيما علم أنه غير محق ويتوقى اليمين ولا يتجاسر عليه ؟.

فأجاب : إن ذلك شيء ذكره ابن فرحون في تبصرته، وذلك إنما هو للقاضي لا للمشهود عليه، ونصه : وأما كونه، أي القاضي، يحلّف الشهود إن استراب منهم، فقد فعله قاضي القضاة ابن بشير، قاضي الجماعة بقرطبة حلّف شهودا في تركة : بالله تعالى أن ما شهدوا به لحق، وروى ابن وضاح أنه قال : أرى لفساد الزمان أن يحلّف الحاكم الشهود، وابن وضاح[2]. ممن أخذ عن سحنون، انتهى[3] .

---

(1) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 21 / 1 .

(2) هو أبو عبد الله محمد بن وضاح بن يزيع الأموي القرطبي، أخذ عن أعلام منهم سحنون، وله مؤلفات، توفى سنة 287 هـ، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ص 1221 - 1222 / 3، شجرة النور الزكية، ص 76 / 1 .

(3) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 31 / 2 .

[حكم شهادة من تخرج امرأته بادية الوجه والأطراف][1]

ومن خط الشيخ أحمد المكني، رحمه الله، ما نصه : وللشيخ محمد بن مقبل، جواب نصه : أفتى الإمام أبو عبد الله سيدي محمد بن مرزوق، فيمن كانت له زوجة تخرج وتتصرف في حوائجها، بادية الوجه والأطراف، كما جرت به عوائد البوادي، فإنه إن قدر على حجبها ممن يرى منها ما لا يحل ولم يفعل، فهو جرحة في حقه، وإن لم يقدر على ذلك بوجه فلا، نقل ذلك صاحب المعيار[2]، (ص 149 خ).

[تقوم النسخة مقام الأصل في الإثبات إذا ثبت خط الشهود]

وله أيضا، جواب في نسخة حبس، تقوم النسخة المسطورة مقام أصلها وإعمال أصل الوقف متوقف بعد ثبوت خط شهيديه على ثبوت اتصافها بالعدالة، وقبول الشهادة إلى موتهما، وقد أشار سيدي خليل في مختصره إلى مسألة الشهادة على خط الشاهد بقوله : وخط شاهد مات أو غاب ببعد، وإن بغير مال فيهما إن عرفته كالمعين، وإنه كان يعرف مشهده وتحملها عدلا[3]. انتهى.

[مسألة من جرح الشاهد ثم رجع عن التجريح]

سؤال نصه : ما قولكم، رضي الله عنكم، في مسألة وهي : رجال جرحوا في شهود، ثم رجعوا عن التجريح قبل الحكم بإسقاط الشهادة، فهل - حفظكم الله - يؤثر تجريحهم في الشهادة، أو لا يؤثر ؟، وهل يقبل في التجريح غير المبرز في العدالة ؟.

---

(1) حاشية في نسخة (خ) جاء فيها : اعرف شهادة من تخرج امرأته بادية الوجه والأطراف، إذا لم يقدر على ردها بوجه، فهي صحيحة، وإلا فلا. يقصد شهادته صحيحة.

(2) المعيار المعرب، ص 165 - 166 / 15 .

(3) مختصر الشيخ خليل، ص267.

والجواب له : ونصه بعد الحمد لله : لا تأثير لجرح من ثبت رجوعه عن الجرح، أو كان غير عدل في شهادة (ص 646 ت) من زعم جرحته، ويقدر كأنه لم يكن، فإذا كان للمطلوب من يستقل بثبوت التجريح به سوى من ذكر، عمل بمقتضى ذلك، وسقطت بينة الطالب ولو كانت معدلة، كما هو المعتمد والمعول عليه من تقديم بينة الجرح على بينة التعديل، وهو مقتضى التحقيق، لأن متعلق الجرح إثبات، وهو ما به الجرحة، بخلاف التعديل، فإن متعلقه نفي.

[يجوز التجريح من جائز الشهادة أما التزكية فتكون من الشاهد المبرز]

ويقبل التجريح من جائز الشهادة، وإن لم يكن مبرزا في العدالة، إذا نص على الجرحة، ككونه شارب خمر، بخلاف التزكية،فإنه لا يقبل فيها إلا المبرز الفطن الذي لا يخدع، وليس كل من تجوز شهادته تجوز تزكيته، ومما يشترط في المزكي أن كون خبيرا بباطن من يعدله، بطول المحنة والمعاشرة، ولا يجتزيء باليسير من ذلك.

[يشترط في المزكي أن يكون من محلة الشخص ومعرفة تامة به]

قال مالك، رضي الله عنه : والرجل يصحب الرجل شهرا فلا يعلم منه إلا خيرا، فلا يزكيه بهذا، وهو كبعض من يجالسه، وليس هذا باختبار، انتهى ومما يشترط فيها أن يكون المزكي من أهل سوق المزكى ومحلته، إلا لتعذر وقد عد الشيخ خليل مسألة التزكية في المسائل المشترط فيها التبريز دون مسألة التجريح، وصرح غيره بما قررناه من الاحتياج للتبريز في التجريح[1]. حيث وقع النص على الجرحة، والله سبحانه وتعالى اعلم[2].

(1) يراجع شرح قول الشيخ خليل في التاج والإكليل، للإمام المواق، ص 157 / 6 .

(2) لم يذكر المؤلف من أفتى في هذه المسألة، ولعله الشيخ محمد بن مقيل صاحب المسألة السابقة، لأن النقل من خط الشيخ أحمد المكني، والله اعلم .

[مسألة الدعوى على رجل مدين اسمه يوافق ما جاء في وثيقة الدين]

سؤال : رجل قام بوثيقة دين، بعد مدة طويلة، على شخص يوافق اسمه واسم أبيه، اسم (ص 150 خ) المدين، واسم أبيه المذكور في الوثيقة، والحال أنه مات، ومات شهودها ؟.

والجواب : عن مثلها للشيخ محمد بن مقيل، أما مجرد طول المدة، فلا يبطل به الحق الثابت بوثيقة بيد رب الدين، على الصحيح والمختار، فإن قسمت تركة المدين بين ورثته، ورب الدين حاضر عالم بها وبدينه، ساكت بغير عذر، فلا قيام له حيث حصل القسم في جميع التركة، فإن بقي بلا قسم ما يفي بدينه، فإنه لا يسقط قيامه بقسم غيره.

ثم إن الحكم به، إنما يكون إذا كان المدين معروفا متميزا، وإذا كان الرجل المشهود عليه بالحق مشهورا في البلد باسمه واسم أبيه، فذلك كاف في التمييز، حسبما صرح به بعضهم، والأصل أنه هو المدعى عليه، الموافق لما في الوثيقة، حتى يثبت أن تم غيره على تلك الصفة، فيكون حينئذ الإثبات على الطالب في تعيينه دون غيره[1].

هكذا ذكره بعضهم، وانظر الشيخ الحطاب عند قول الشيخ خليل : كأن شاركه غيره[2]. وانظر الشيخ الأجهوري أيضا، والفائق، انتهى ما هو بخط الشيخ أحمد المكني، ويأتي في مسائل الحيازة بخطه عن الشيخ محمد بن مقيل، كلام فيما إذا كان الثمن في البيع[3].

[الشهادة المترددة لا يجوز الاعتماد عليها في الأحكام]

ومن خطه أيضا (ص 647 ت) ما نصه : مسألة إجمال السبب في الشهادة

---

(1) مواهب الجليل، للإمام الحطاب، ص 143 / 6، والكلام للإمام ابن رشد.

(2) مختصر الشيخ خليل، ص 263 .

(3) انظر مسائل الحيازة .

غير عامل مع الاحتمال، قال في المباني اليقينية، لابن عظوم[1]. الشهادة في التعصيب على ثالث جد أو رابع، أو خامس، ولا يذكرون اتصاله بالموت عن سماع تواتر أو غيره، وهم لو سئلوا لقالوا : لا نعرف المجتمع فيه، ولا اتصال الميت وعاصبه به، إلا بالسماع، وقد علمت أن هذه الشهادة، إن كانت عن رؤية ومعرفة، فشرطها إدراك فروع الجد المذكور ومعرفتهم، ومعرفة نسبهم له، وعدم علمهم يسقط شهادتهم ن وإن كانت عن سماع تواتر أو غيره، غير عامل.

والشهادة المترددة بين صحيح وفاسد، معلوم ضعفها ولغوها، على المشهور، وقاله الشيخان ابن عرفة والآبي وغيرهما، وقال عز الدين[2]. الألفاظ المترددة المحمل، مجملة، لا يجوز الاعتماد عليها في دعوى، ولا شهادة، ولا لرواية، لترددها بين ما يقبل وما لا يقبل[3]. وعزاه القرافي للإجماع، وفي موضع آخر منه، قاعدة الماهية إذا وقعت مبهمة مترددة بين (151 خ) الصحة، هل تحمل على الصحة أو على الفساد، بناء على تعارض الأصل والغالب، أما العقود، فقال ابن عرفة والآبي وغيرهما : المشهور حملها على الفساد... إلخ كلامه فيه.

[الشهادة في الملك أقوى من دلالة الحيازة إذا لم تكن مجملة]

وفي موضع آخر منه، ما نصه : الشهادة بالملك وإن كانت أقوى من دلالة الحيازة، فقد استشكل إعمالها بعض المحققين لإجمالها في السبب لقاعدة أن الألفاظ المترددة لا يعتمد عليها في الدعوى لترددها بين ما يقبل وما

---

(1) كتاب المباني اليقينية في حكم المسألة العيدودية، من تأليف الشيخ محمد عظوم، رسالة التمليك، ص 14 .

(2) هو الشيخ عز الدين بن عبد السلام، تقدمت ترجمته .

(3) قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : والرواية المرددة بين ما يقبل وما لا يقبل، لا يجوز الاعتماد عليها، إذ ليس حملها على ما يقبل أولى من حملها على ما لا يقبل... وأن اللفظ المردد المحمل غير مقبول في الشهادات، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ص 79 / 2.

لا يقبل[1]. وقد قررنا ذلك فيما سبق، وقد أفتى الشيخ أبو العباس أحمد القلشاني، رحمه الله، وكان من العلم والثقة بالعمل الذي لا يجهل، برد شهادة العوام في الملك، وقد نقل شيخ شيوخنا الإمام ابن عرفة، أنه قال: شهادة العوام في الملك لا تحرك لي أذنا، وهذا لأنها مجملة السبب كما قلنا، والعوام لا يميزون بين السبب الصحيح الذي يصح بناء الشهادة بالملك عليه من الفاسد الذي لا يعتمد عليه في ذلك شرعا إلى آخر كلامه فيه.

[العقد المحتمل للصحة والفساد يحمل على الفساد]

قال في البرنامج[2]. ولابن عرفة في أول رهونه: المشهور إذا احتملت الصفقة الجواز والمنع، حكم بالمنع، وله في سادسة قراضه: المشهور في العقد المحتمل للصحة والفساد، حمله عل الفساد، انتهى المراد منه، وذكر في اختلاف المتبايعين: واعمال قول (ص 648 ت) مدعي الصحة، إن لم يغلب الفساد على أول رهون الحاوي من كلام القاضي ابن أبي الدنيا، في فساد معاملات أهل الزمان: -.

[فساد المعاملات في تونس عام 677 هـ وكيفية الإشهاد عليها]

قال الله تعالى ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾ الآية[3]. تضمنت الآية الوعيد بنفي الإيمان من مفهوم الشرط، ومحاربة الله ورسوله، وفي مسلم بإسناد يبلغ إلى جابر بن عبد الله، رضي الله عنهما «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم، آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، قال: وهو سواء»[4]. فالحاري في معاملات تونس عام سبعة وسبعين وستمائة، حين قلدت الأحكام، ثم عافى الله[5].

---

(1) يراجع كتاب الفروق للقرافي، الفرق رقم 227، ص 57 / 4 .

(2) لعله يقصد برنامج الشوارد، من مؤلفات الشيخ أبي القاسم عظوم .

(3) البقرة : 278 .

(4) الحديث رواه الإمام مسلم في كتاب المساقاة من صحيحه، حديث رقم 1597، ص 1218 / 3.

(5) الكلام يعود على الشيخ عبد الحميد بن أبي الدنيا عندما ولي القضاء بتونس .

إن من يريد ارتهان دار، أو حانوت، أو كرم، بكذا وكذا دينارا، لأجل كذا، على (ص 152 خ) الاستغلال، أو أكرية ما يكون من ذلك، فيتفقون على شيء، ويذكرون أن الشهود لا يشهدون على هذا، فيذكرون للشهود من العروض ما يسوغون به الإشهاد عليهم، وربما أحضروه ثم ردوه إلى ربه ويعطون الدنانير والدراهم، وهذا سلف جر نفعا بلا خلاف، وربما هو ما كانت تفعله الجاهلية، ودفع الدنانير بغير سلعة أقول وقوعا من الأول.

فلما كثر التداعي في ذلك، بحثت عنه، واستفهمت الشهود عنه، فذكروا أنه الغالب من معاملات الناس، وجماعة من الشهود تتوقى الشهادة في الرهان بذلك، فلما تحققت أن الغالب الفساد، رأيت أن القول قول مدعيه من الخصمين، لشهادة العرف له بذلك، انتهى[1].

[إعمال العرف الفاسد لفساد المعاملات بين الناس]

قال : وذيل عليه البرزلي دلائل عديدة، وأجرى حكم العرف بالفساد في سائر أبواب المعاملات، بما يطول جلبه ثم نقل عن طرر ابن عات : إن ادعى أحد المتبايعين أن الثنيا[2] . كانت في أصل الصفقة، حلف وفسخ البيع، لما قد جرى من عرف الناس لذلك، وبه الفتوى عندنا، لجري الحمل على العرف الفاسد[3].

[الأصل في التصديق العرف فمن كذبه العرف لم يصدق]

ثم قال : الواضح إعمال العرف الفاسد في دعوى من وافقه من المتعاملين، لشهادته له بصدقه، وذلك هو المعنى الحاصل من العرف

---

(1) الرواية مذكورة في فتاوى البرزلي، ص 8 - 9 / 5. (.

(2) بيع الثنيا هو بيع على شرط إعطاء كل واحد من عاقديه الحق في إمضائه أو التحلل منه خلال مدة معينة، دليل المصطلحات الفقهية، ص 60 .

(3) يراجع ذلك في فتاوى البرزلي، ص 24 / 3

الصحيح، لأن مفهوم العرف فيهما واحد، وهو غلبة معنى على الناس بمقتضى غلبة الظن بصدق من افترق بدعواه، والأصل في التصديق العرف فمن كذبه العرف لم يصدق[1].

[مسألة ما يرد في الوثائق ولم يشهد عليه الشهود ضمن الوثيقة]

ومن خطه أيضا، للشيخ محمد بن مقيل : أما السؤال عمن أجرى في ضمن وثيقة الشراء، من كونه وقع بعد تملك البائع للمبيع، من غير تصريح شاهد الوثيقة بمعرفة ذلك، هل يثبت بثبوت الشراء، الذي هو المقصود من الوثيقة بالذات ؟.

فجوابه : ما بينه وأوضحه حافظ المذهب في وقته، أبو العباس الونشريسي في المنهج الفائق، ونصه، ونص المراد منه : اعلم أن مدار الوثائق على ما يتضمنه الإشهاد، وأما ما يأتي فيه من خبر وحكاية (ص 649 ت) لم تتضمنه معرفة الشهود، فليس يثبت بثبوت الوثيقة، إلا أن يزيده الشهود عند شهادتهم، أو يشهد بذلك غيرهم (ص 153 خ).

[الإشهاد يجب أن يتم على كافة التصرفات والوقائع في الوثيقة]

ومثاله، أن تعقد الوثيقة : اشترى فلان بن فلان، من فلان بن فلان جميع الملك الذي بقرية كذا، المتصير إلى البائع فلان، بالابتياع من فلان، أو بالميراث من أبيه، أو بالصدقة من فلان، فإن تضمن الإشهاد معرفة الشهود بذلك ثبت التصيير[2]. وإن لم يتضمن الإشهاد لم يصح ذلك، حتى يشهد عليه الشهود في البيع، أو بعضهم، وتحصين ذلك أن تقول بعد تمام الوثيقة :

---

(1) في نسخة (خ) طرة : بياض نحو السطر .

(2) التصيير : هو أن يدفع المدين لدائنه منقولا أو عقارا في مقابل دين معلوم ومقدر في ذمته، وله شروط مبسوطة في كتب الفقه، ويسمى التصيير في القانون : الوفاء بمقابل، وهو من أسباب انقضاء الالتزام، دليل المصطلحات الفقهية، ص 55.

شهد على شهادة المتبايعين، بما ذكر عنهما، بعد إقرارهما، يفهم جميع من عرفهما وسمع منهما، وهما بحال الصحة، وجواز الأمر، من عرف أن جميع المبيع المذكور، تصير إلى البائع فلان، بالابتياع المذكور من فلان بإشهادهما بذلك على أنفسهما، وقبض البائع فيه الثمن من المبتاع، أو بالصدقة من فلان، بإشهاده بذلك على نفسه في صحته، وجواز أمره، وكذلك تضمن معرفة الإيصاء، والتوكيل، والحضانة، وتقيد القاضي، والخليفة، في بيع الوصي، والوكيل، والحاضن، ومقدم القاضي، وصاحب المواريث، وسائر تصرفاتهم. .. إلخ، وقد نقل من ذلك شارح لامية الشيخ الزقاق في أحكام القضاء جملة صالحة، انتهى[1].

[مسالة في شهادة السماع أصلها واحد وتحتاج إلى اليمين]

ومن خطه أيضا، وللشيخ محمد بن مقيل، جواب عن مسألة : من هذا الكتاب[2]. نصه بعد الصدر : قال في التوضيح : اعلم أن لشهادة السماع شروطا، وذكر الشرط الأول والثاني، ثم قال : الشرط الثالث : أن يحلف، قاله غير واحد، انتهى المراد منه، وقد جرى على اعتماد اشتراط الحلف في مختصره[3]. وأختار غير واحد من محققي المتأخرين تعليله، بأن شهادة السماع ضعيفة، فاحتيج إلى تقويتها بالحلف، لما في هذا التعليل من البحث المعلوم الوارد على ما وقع في كلام بعضهم من أن التعليل باحتمال كون أصل السماع عن واحد.

---

(1) لعل المقصود بقول الزقاق :

بيان وتخصيص وتفسير مبهم ... شهيد وتقييد لعرف جرى حلا

جاء في شرح التسولي على شرح التاودي للامية : والعرف الجاري بين الناس يبين اللفظ المجمل في الوثيقة، أو لفظ الشاهد، أو أحد المتداعيين، ويفسر المبهم ويقيد المطلق، ص 180 .

(2) لعله يقصد فتاوى البرزلي، وفيها أن شهادة السماع، ربما كان أصلها عن واحد، فلذلك ضعفت، ولا بد من يمينه كما يحلف مع الواحد، ص 183 / 4، أو أنه يقصد كتاب الشهادات موضوع التأليف .

(3) يقصد قول الشيخ خليل : وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم... وحلف، كتاب الشهادات مختصر الشيخ خليل، ص267.

[قاعدة الشرط يلزم من عدمه العدم]

إذا تقرر أن اليمين من جملة شروط تمام شهادة السماع، على ضوء ما جزم به صاحب المختصر وغيره، فمعلوم أن من قاعدة الشرط، أنه يلزم من عدمه العدم، فلا تمنع الشهادة المذكورة مع فقد شرط تمامها، منكرها (ص 154 خ) من واجب حقه بمقتضى فريضة الله سبحانه وتعالى، وأما القائم بها المقر بمضمونها، فواضح أن إقراره لا يكون حجة على غيره من المنكرين لها من الورثة، وأشد ما على المنكر اليمين : أنه لا يعرف أنه حبس عليهم، إن كان ممن يظن به العلم.

[الإقرار يلزم المقر في خطه]

وأما إقراره هو في حق نفسه، فقد صرح غير واحد، ومنهم صاحب النهاية[1]. بلزوم إقرار المقر في خطه، قال ابن عرفة : وظاهره نفوذه مطلقا ولو كان فيما لا ينقسم، وهذا على القول بجوازه (ص 650 ت) مطلقا في تحبيس المشاع واضح، وعلى وقفه على إذن شريكه فيه نظر، انتهى.

[مسألة من أقر أن ما بيده من أملاك هي حبس عليه وعلى عقبه]

وفي نوازل المعيار، في سياق مسائل سئل عنها ابن الحاج، وسئل عمن أقر في أملاك بيده، أنها حبس من قبل أبيه عليه وعلى عقبه ؟.

فأجاب : إن علم الملك له ولأبيه، فلا ينتفع بالإشهاد حتى يحوزها ويخرجها عن يده، لأنه يتهم أنه يقصد إبطال الحيازة، ثم قال : وإن جهل ملكها له ولأبيه، فإشهاده بالتحبيس جائز حتى يظهر خلافه، مثل أن يظهر في

---

(1) لعله يشير إلى كتاب النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، المعروف بالمتيطية، وفيها مسائل من الإقرار، منها مسألة إقرار الورثة بحبس، فيلزمهم ذلك، ويكون محبسا عليهم، على حسب ما أقروا به، إلا أن يظهر كتاب الحبس يوما من، ويكون فيه خلاف ما أقروا به من التعقيب، مختصر النهاية والتمام، لابن هارون الكناني، ص 233 .

كتاب التحبيس خلاف ما أقر به، فينقضي الإقرار، ويرجع إلى ما في كتاب الحبس، أو يعرف الملك له ولأبيه قبله، فينقضي إشهاده، فيكون حكمه حكم الملك، انتهى[1].

[إقرار المقر بتحبيس ما يعرف أنه ملك له ولأبيه يكون تمامه بالحيازة]

وهو صريح، في أن إقرار المقر بتحبيس ما يعرف أنه ملك له ولأبيه كابتداء التحبيس منه لذلك، في اعتبار تمامه بالحيازة، وإذا كان كابتداء التحبيس، وكان المقر بتحبيسه مشاعا، جرت فيه أقوال تحبيس المشاع، كما يشير إليه ما ذكره ابن عرفة من النظر أيضا، والله اعلم.

وإذا مات المقر في النازلة، قبل الحوز المعتبر في تمام حجة التحبيس وكان المقر به مما يعرف ملكه له، أو لأبيه، فدلالة النقل المسطور على بطلانه واضحة، هذا ما تيسر كتبه في المسألة، والله اعلم، وبه التوفيق.

[تنبيه المؤلف على مسائل في الإقرار وشهادة السماع فيما سبق ولاحقة]

قلت : وقد تقدم في باب الوقف عدة أجوبة تتعلق بشهادة السماع في الوقف[2]. وتقدم كلام الشيخ أبي القاسم عظوم مع ابن الحاج، في مسألة الإقرار بالتحبيس، ومخالفته له، فراجعه في الورقة السابعة من كتاب الوقف، وكررها بعد ذلك (ص 155 خ) والله اعلم، ويأتي له في كتاب المواريث، شهادة السماع بموت غائب للشيخ أبي القاسم عظوم.

[مسألة في شهادة المديان لرب الدين مختلف فيها]

وسئل الشيخ أبو القاسم عظوم، عن رجل عطار بحانوته، يتجر في البيع

(1) المعيار المعرب، ص 443 - 444 / 7، والمسألة مطابقة للمسألة المشار إليها في الهامش السابق.
(2) راجع كتاب الوقف فيما سبق .

والابتياع، وهو بالغ ملتح، وله والد أيضا، بحانوته يبيع ويبتاع في العطر[1]. كل واحد منهما بسوق خاص، فقدر أن الولد اشترى سلعة من رجل بثمن مؤجل، ووزنها الوزان على سبيل العادة، ولم يحضر أبوه لذلك ولا كفل، فلما جاء الأجل لم يجد الولد ما يقضي في ثمنه، فطلب رب السلعة الوالد، وزعم أن الوزان يشهد له على الوالد بالكفالة والمعاملة، وهو مديان لرب السلعة فهل تجوز شهادة الوزان، والحال ما ذكر، أو لا تجوز ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، وكان الوزان المذكور مديانا لرب السلعة، وكان موصوفا بالإعسار دون الإيسار، فشهادته لرب الدين مختلف [فيها] وفيها استبعاد عادي، إن كان غالب الحال في المعاملات التي فيها الكفالة، أنها من الوثائق المعتبرة (ص 651 ت) بشهادة العدول المنتصبين فتكون شهادة غيرهم فيها، تتضمن استبعادا عاديا فتلغى، وشهادة الوزان في قدر السلعة، وقدر ثمنها ليست مما نحن فيه، والله اعلم، وبه التوفيق.

تذييله [شهادة المديان المعسر لرب الدين باطلة]

اعرف شهادة المديان المعسر لرب الدين باطلة، قال في المانع الثامن من المختصر : أو المديان المعسر لربه[2]. اعرف وسط بهرام في ذلك المانع، في رابعة شهادته، واعرف الاستبعاد العادي من شهادة العوام في وثائق التحمل المعتبرة في السبب السابع في الورقة 55 من التبصرة[3].

[يجوز الاستعانة بالوزان والقسّام والكيال من قبل القضاة]

وقولي : بشهادة الوزان في قدر السعلة.. إلخ، هذا جواب عن سؤال مقدر، وهو أن شهادة الوزان قد أجيزت عند القضاة بأفريقية، جرت عادتهم أن

---

(1) لعل المقصود به من المحلات التي تبيع العطرية، أو الروائح.

(2) مختصر الشيخ خليل (أو المدان المعسر لربه) ص 265 .

(3) لعل المقصود قول ابن فرحون في موانع الشهادة : وكشهادة المديان المعسر لرب الدين وعكسه، التبصرة، ص 223 / 1 .

يأمروا الوزانين بوزن السلعة المبيعة في الأسواق، ويأخذون على ذلك أجرة ويشهدون بين المتبايعين فيما اختلفوا فيه من قدر السلعة أو قدر ثمنها ويجيزون شهادتهم(1). ولا يقبلون فيه إعذار (ص 156 خ) لأنه جرى مجرى القاسم والمكنف(2). فتنزل منزلة القاضي الذي أقامه لذلك.

اعرف ذلك في الورقة 105 من التذكير، فأجبت عن هذا الإيراد، بأن هذه الشهادة في النازلة، ليست من المعنى الذي أقام القاضي فيه الوزان، وهو قدر السلعة وقدر ثمنها، ألا تراها شهادة على من لا يزن عنده، ولم يشتر سلعة وهو الوالد، فيدخلها ما في شهادة المديان المعسر، والاستبعاد في التحمل قطعا، فاعرف ذلك، والله اعلم، وبه التوفيق.

[مسألة عدل غير مبرز شهد على عمته في وصية لأخيه]

وسئل عن شاهد عدل، متصف بطلب العلم، ومقدم لرواية البخاري وغيره، بالجامع الأعظم، وغيره من بلده، وله مشاركة في العلم، العربية وغيرها، ويحفظ الألفية واللامية للشيخ ابن مالك، ويحفظ حل كتاب ابن السبكي في الأصول، وقرأ في البنيان والحساب والفرائض، وفروع الفقه وصدر ذلك عن الشيوخ، ذو فطنة لا يخدع معها عقله، وهو متعاطي لكتب الوثائق الصغيرة والكبيرة، يشهد فيها الناس ببلده.

ثم إنه شهد شهادة على عمته الأيم بوصية لأخيه، وقد علمتم أن قول ابن القاسم في المدونة: وقد اتفق على جواز شهادة الأخ لأخيه، وإنما شرط في

(1) طرة في نسخة (خ) ص 155: هناك بياض في الأصل قدر نصف سطر، وفي (ت) ترك البياض فعلا.

(2) القاسم هو الذي يقسم بين الناس العقار وغيره، والمكنف: لعله من كنف الكيال، يكنف كنفا وهو أن يجعل يديه على رأس القفيز يمسك بهما الطعام، يقال كله كيلا غير مكنوف، لسان العرب المحيط، مادة كنف، ص 304 / 5، والكيال والقاسم والوازن، يقيمهم القاضي عند الحكم بقسمة المال.

أحد قوليه التبريز، فقال بعض الطلبة : التبريز فقد وانقطع الموصوف به، فلا تجوز شهادة الآخر لأخيه في النازلة بوجه.

فهل - رضي الله عنكم - تمضي هذه الشهادة ويعمل بمقتضاها، ولو بدون تبريز، أو إنما (ص 652 ت) تجوز بشرط التبريز ؟، فإن قلتم بالثاني فهل من كان موصوفا بهذه الأوصاف المذكورة، يكون حكمه حكم المبرز وتجوز شهادته المذكورة ؟، وهل قول من قال : إن التبريز انقطع أو ليس بصحيح، لما ينشأ عنه من اختلال أحكام شرعية في المسائل المشترط ذلك فيها، والقاعدة أن الشريعة المحمدية، محكمة إلى قيام الساعة، لا تخل أحكامها ولا تنعدم ؟.

فأجاب المسراتي[1] . الحمد لله تعالى، إذا كان الأمر كما ذكر، فشهادة الأخ لأخيه جائزة، فعن ابن القاسم في المدونة، بشرط التبريز (ص 157 خ) وعنه أيضا الجواز في المدونة بدون شرط، وأفتى بكل منهما، فعلى القول الثاني، لا إشكال في جواز شهادة الشاهد المذكور في النازلة المسؤول عنها وأما على القول الأول، المشتمل على شرط التبريز، فالمبرز هو المتيقظ الضابط، الغير مخدوع في عقله ولا مغفل، العارف بالتحمل والأداء، وما تدل عليه الألفاظ بالنظر والظاهر والمفهوم.

ولا شك أن [في]الشاهد المشار إليه في السؤال، مظنة الاتصاف بصفات التبريز، ولا يتوقف وصفه بالتبريز على خصوص قراءته ما ذكر في السؤال، نعم قراءته ما ذكر في السؤال وصف أكملي، فشهادته في النازلة عامل قولا واحدا والقول بأن التبريز قد انقطع، لا يقوله من له أدنى تحصيل، والشريعة المحمدية محفوظة عن نسخ أحكامها ورفعها.

نعم، هو مقول بالتشكيك يقوي ويضعف بحسب كل زمان، وكل فهم كما أن عدالة الشهادة والإمامة كذلك، وإلا بطلت الجمعة والجماعات، والله

---

(1) هو الشيخ سالم المسراتي، حسبما يرد في نهاية الفتوى.

تعالى اعلم، وكل بلد، والصلاة والسلام على من علم وعلم، وكتبه الفقير إلى الله، سالم المسراتي.

[يراعى في مقدار العدالة وقت الإشهاد فلكل قوم عدولهم]

فكتب بعده الشيخ أبو القاسم عظوم، ما نصه : الحمد لله، الشاهد في النازلة، يتفق على إعمال شهادته، لأنه مظنة لوجود صفة التبريز فيه، وهي الصفة المشار إليها في الجواب أعلاه، على ما أفتى به الشيخ ابن أبي الدنيا والشيخ عبد الحميد الصائغ[1]. رحمهما الله تعالى، وسلمه الشيخ البرزلي في موضعين، مقتصرا على فتوى أحدهما في كل موضع منهما، والقول بانقطاعه لا يقوله إلا غبي لم يفقه الفقهيات، لأنه يقول بالتفاوت على ما أشار إليه الشيخ البرزلي في العدالة من باب ولا فارق، وأجرى رحمه الله على ذلك أن لكل قوم عدولهم.

قال : ومثله اليوم التزكية في بعض دون بعض، وفي مسألة دون أخرى وتقديم العدول في البلاد والقرى، وهم اليوم في تونس، كشهود الاسترعاء بناء على الأصل المذكور (ص 693 ت) وهو أنها مقبولة بالتفاوت، وعلل في موضع آخر من حاويه بالضرورة، انتهى[2].

[إن عدول كل زمان ومكان وقوم بحسبهم في الإمامة والقضاء]

قلت : أعرف أن عدول كل زمان ومكان وقوم بحسبهم في الإمامة والقضاء والشهادة، يراجع ما للشيخ عبد القادر الفاسي في القضاء[3].

[إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا]

وقال الشيخ ابن أبي زيد، رحمه الله تعالى : إذا لم نجد في جهة (ص

(1) فتاوى البرزلي، ص 197 / 4.

(2) فتاوى البرزلي، ص 195 / 4.

(3) تعليق المؤلف لم يرد في نسخة (ت) وهو طرة في نسخة (خ)

158 خ) إلا غير العدول، أقمنا أصلحهم، وأقلهم فجورا للشهادة بينهم، قال الشيخ شهاب الدين القرافي، رحمه الله تعالى : ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم، لئلا تضيع المصالح، وما أظن أنها مخالفة أحد في هذا، فإن التكليف مشروط بالإمكان، ثم قال : ولا شك أن قضاة زماننا وشهودهم وولاتهم وأمناءهم لو كانوا في العصر الأول، ما ولوا ولا عرج عليهم ولاية هؤلاء في مثل العصر الأول فسق[1]. فإن خيار زماننا هم أراذل ذلك الزمان، وولاية الأراذل فسق، فقد حسن ما كان قبيحا، واتسع ما كان ضيقا، واختلت الأحكام باختلاف الأزمان، انتهى[2].

[العدالة لا تنقطع من الأمة الإسلامية بل دائمة]

فتبين بهذا، أنه لو كانت هذه الحقائق، كالعدالة التبريز مقطوعة بانقطاع المتأهل لها على الحقيقة، كما يقوله الأغبياء، للزم عليه أن ينقطع بانقطاعها أحكام شرعية، ومصالح دنيوية، كالشهادات في الحقوق، وكالأحكام المشروطة بالتبريز، كيف وهو دين قد أحكمت آياته، وحفظت عن التبديل كلماته، والقطع بأحكام الشرعيات ودوامها إلى قيام الساعة، ينافي ما زعمه من الانقطاع، وكلام الشيخ ابن أبي زيد، والشيخ شهاب الدين، والقاضي البرهان مسلما لذلك، صريح فيما قلناه مع دليل كلام البرزلي.

ولو انقطعت لبطلت الجمعة والجماعات، وانهدمت ﴿صَوَٰمِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَٰتٌ وَمَسَٰجِدُ يُذۡكَرُ فِيهَا ٱسۡمُ ٱللَّهِ كَثِيرٗاۗ﴾[3]. وفي هذا كفاية، لمن قبل التفهيم وهدي إلى صراط مستقيم، والله يقول الحق، وهو يهدي السبيل، وهو سبحانه اعلم، وبه التوفيق، وكتبه الفقير إلى الله أبو القاسم محمد مرزوق عظوم المرادي، انتهى.

---

(1) ما جاء في الذخيرة : ما ولوا ولا حرج، وولايتهم حينئذ فسق، ص 46 / 10 .

(2) الذخيرة، ص 46 / 10 .

(3) الحج : 40، وبداية الآية (لهدمت صوامع)

قلت : وقد قدمنا ما للشيخ عبد القادر الفاسي، في أن عدول كل زمان ومكان وقوم، بحسبهم، فراجعه في القضاء[1].

[مسألة من اتهم شخصا بقتل بقرتيه فأقام بينة تنفي الاتهام]

وسئل بما حاصله : إنسان عنده بقرتان، أصبحتا مدقوقتين ميتتين، فادعى بهما على رجل، فأقام ببينة باتت معه من أول الليل إلى آخره، فلما إن قامت البينة المذكورة، ادعى بشهادة رجلين أنهما سمعا من المدعى عليه اعترافه بذلك (ص 159 خ) وعند المتهوم بينة أن أحد الرجلين معذور فيه، وأن الآخر صديق ملاطف للمدعي ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فلا يقبل قول المدعي المذكور في هذه النازلة، إلا ببينة لا مدفع فيها، بل إن كان المدعى عليه فيها من أهل الفضل وممن لا يشار إليه بذلك (ص 654 ت) الفعل، أدب الذي ادعى عليه ذلك ولو كان مثله في الفضل والعذر، والملاطفة، كلاهما مانع من قبول شهادة من اتصف بأحدها، فإذا قامت بينة للمدعي بسماع المدعى عليه، أو بمعاينته لفعله، وأعذر فيها للمدعى عليه، وأثبتها فيها قادحا شرعيا، أو من صداقة ملاطفة، سقطت شهادتهما، والله اعلم وبه التوفيق.

تذييله [دعوى المرأة الخارجة غصبا من بيتها وادعت أنها تركت حوائجها][2]

التقييد بهذه النازلة، ليخرج ما يتوهم أنه مثلها، كدعوى المرأة الخارجة غصبا، منزعجة من دار زوجها، أنها أبقت حوائجها بدار الزوج، والأصل أنها مع حوائجها في داره، وتحت حوزه، فقال الرجل الفاضل لا يقبل قولها عليه

(1) سبق للمؤلف التنبيه على ذلك، وكرره هنا.

(2) العنوان : طرة في نسخة (خ) ص 159 .

وليس كذلك[1]. لأن هذا ليس من ذلك، لأن الزوج هناك لم يأخذ الحوائج ولا تعدى عليها، وإنما هي عنده على وجه الائتمان، فإنكاره أن يكون عنده إذا قبل يصيره من باب قبول دعوى المدعي بلا بينة، كأنها مدعى عليها صحبها أصل، وهو ما ذكرناه لكونهم ضابطون ضبط غشوم[2]. وربك يخلق ما يشاء ويختار.

واشتراطي في أدب المدعي، أن يكون المدعى عليه من أهل الفضل ومعنى لا يشار إليه بذلك الفعل، هو قول ابن القاسم في آخر سرقة المدونة في مدعي السرقة، وما في النازلة من معنى السرقة، والغاية يكون المدعي من أهل الفضل، مثل المدعى عليه، قاله ابن ناجي في كبيره، قال: وهو ظاهر المدونة، وهو كذلك[3].

وقولي: بسماع من المدعى عليه، أو بمعاينته لفعله، أما الاعتراف فلا إشكال فيه، لأنه إذا أسقط فيهم الإعذار، صار باعترافه الذي شهدوا عليه به مكذبا بالبينة الملازمة معه في الدار، لزوما لازم فعله الذي اعترف لهم به.

[شهادة الإثبات مقدمة على شهادة النفي إلا إذا عارضتها بينة قوية]

وأما البينة المعاينة[4]. فلما وقع في الموفاة ثلاثين من بيوع البرزلي عن

---

(1) انظر قوله: وليس كذلك.. إلخ، فإن الذي يظهر أن في الكلام نقصا، انتهى من خط مؤلفه بهامش الأصل، طرة في ص 159 (خ).

(2) الغشوم: الذي يخبط الناس، ويأخذ كل ما قدر عليه، والأصل فيه غشم الحاطب، وهو أن يحتطب ليلا فيقطع كل ما قدر عليه بلا نظر ولا فكر، لسان العرب المحيط، مادة غشم، ص 990 / 4.

(3) لعله يشير إلى ما ورد في المدونة: ولقد قال مالك في المرأة تزعم أن فلانا استكرهها فجامعها، ولا يعرف ذلك إلا بقولها؟، قال: قال مالك: تضرب المرأة الحد إن كانت قالت ذلك لرجل لا يشار إليه بالفسق، وإن كان ممن يشار إليه بالفسق نظر في ذلك.. المدونة الكبرى، كتاب السرقة، ص 550 / 4.

(4) قوله: وأما المعاينة... إلخ سوى الشيخ بين القتل وغيره، ولم يعتبر ما في الحدود، القتل من طلب درأ الحدود، انتهى من خط مؤلفه على الأصل، طرة في نسخة (خ) ص 153.

الشيخ ابن عمران، صاحب النظائر[1]. إذا اشهدوا أن فلانا قتل فلانا يوم كذا وشهد آخران أنه كان عندهم يوم كذا، فمن أثبت أولى ممن نفى، ومن إسماعيل القاضي : شهادة القتل ساقطة، وأما إذا شهد اثنان أنه أوصى أن فلانا قتله في يوم كذا، وشهد آخران أنه كان ذلك اليوم عندهم، بحيث لا يصل للمدعي عليه في ذلك، فشهادة الوصية ساقطة (ص 160 خ) بخلاف ما إذا شهدوا بمعاينة القتل، انتهى[2].

[المذهب قبول الإعذار بالقادح الشرعي أو بصداقة الملاطفة]

ولما نقل ابن ناجي، الفرع الأول : وقول القاضي إسماعيل في 82 من سرقة كبيره، قال: وبما قاله القاضي إسماعيل أقول، واختار شيخنا البرزلي أنه لا يقتل، انتهى، وقبول الإعذار بالقادح الشرعي، أو بصداقة الملاطفة، هو المذهب، لأن هذه المسألة ليست من المسائل التي لا إعذار فيها، فاعرف ذلك.

[مسألة من التزم بعدم نقل زوجته من القيروان إلا أنه أظهر إيداعا بعدم الالتزام]

وسئل بما حاصله : إنسان التزم لزوجته، ألا ينقلها من بلد القيروان، إلا بإذن والدتها وإذنها ورضاهما (ص 655 ت) معا بذلك، ومتى عزم على النقلة بها من القيروان إلى غيرها، فقد صدقهما معا في دعوى المضرة، والمعرة للزوجة المذكورة، من غير تكليف ببينة على ذلك، مقطعا في ذلك الإيداع[3].

---

(1) أبو عمران موسى بن أبي حجاج الفاسي القيرواني، الفقيه الحافظ، له مؤلفات، توفى سنة 430 هـ ودفن بداره بالقيروان، شجرة النور، ص 156 / 1، ألف سنة من الوفيات، ص 54 .

(2) فتاوى البرزلي، ص 129 / 3.

(3) لعل المقصود بالإيداع هنا : هو شهادة الاسترعاء، وهي أن يشهد الإنسان على نفسه أنه متى عقد في داره، التي بموضع كذا، تحبيسا على بنيه أو غيرهم، فإنما يفعل ذلك لأمر يتوقعه على نفسه أو على عقاره، وليس يريد بذلك تحبيسا ولا وجه الله تعالى، وإنما فعله لما يتوقعه غير ملتزم لشيء منه، اختصار المتيطية، لابن هارون، صر169.

والإيداع فيه ما تناهى وتسلسل، ثم أظهرا إيداعا محصله : أنه ذكر لشهوده أنه اتصل به أن فلانة، يعني أم الزوجة، تريد أن تشترط عليه ليلة الملاك السكنى بالقيروان، وأشهدهما أنه متى طاوعها في ذلك والتزم به، فإنما يفعل ذلك تطييبا لقلبها، ظاهرا لا باطنا، بحيث إنه غير ملتزم به، ولا بداخل يحكمه، وأنه مهما أسقط في ذلك الإيداع، والإيداع فيه، فمهما كان فهو مودع في ذلك.

وأراد أن ينتقل، فامتنعت عن ذلك، فأظهر الإيداع المذكور، فقيل له : إنما التزمت إنك لا تنقلها إلا بإذن أمها وإذنها ورضاهما، وصدقتهما في دعواهما لحوق الضرر، من غير تكليف بينة، وإيداعك إنما فيه : أنك مهما طاوعت الأم، وأما التزامك للبنت فلا يدخله إيداعك المذكور، فهل له نقلها أم لا ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فحجة البنت بالالتزام، هي الناهضة دون حجة الزوج بإيداعه، وليس للزوج نقلها لوجهين، أحدهما : أن لفظ الزوج في رسم الإيداع، أن الأم تريد أن تشترط عليه، إلى أن قال : مهما طاوعها في ذلك، أي في اشتراطها، والذي التزم به، ليس هو مجرد مطاوعته إياها، على الاشتراط المذكور، وإنما هو تصديقه لها ولابنتها في دعواهما لحوق المضرة والمعرة للزوجة بالنقلة، وليس في رسم الإيداع لفظ يؤذن بأنه أودع في تصديقهما في دعواهما لحوق المضرة والمعرة أصلا، فظهر حينئذ أن المعنى الذي أودع فيه، وهو اشتراط السكنى والتزامه به، غير المعنى الذي التزم به في الرسم المصدر به الإيداع، ولم يصادف الإيداع محله.

وثانيهما : أن الالتزام في عدم النقلة، تعلق بحقين، حق للأم وحق للبنت، والدليل على تعلقه بحقهما معا، ما صرح به في التزامه المذكور، وهو تعليقه على إذن والدتها وإذنها ورضاهما، وتصديق والدتها وتصديقها، في لحوق المضرة والمعرة للزوجة بالنقلة، ألا تراه كيف التزم هذه المعاني، وهي الإذن والرضى والتصديق، مضافة إلى البنت وإلى أمها، والإيداع إنما تعلق

بمطاوعة الأم، وبالتزامه لها، وبقي الالتزام للبنت خليا عن تنازل الإيداع إياه فلها الأخذ بما التزم لها به، من التصديق في دعواها، من لحوق المضرة والمعرة، لعدم الإيداع (ص 656 ت).

وهناك وجه آخر، يقتضي بطلان الإيداع أيضا في هذه النازلة، كالوجهين المذكورين، لكن أضربت عنه خوف الإطالة، واكتفاء بالوجهين المذكورين وكل واحد منهما على انفراده يكفي في بطلانه، فأحرى مجموعهما، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق، انتهى بإسقاط، وتغيير ما لا يضر.

[الإيداع السابق على الالتزام يجب رفعه للقاضي]

ثم قال : الوجه الثالث [الذي] أضرب عنه، في إبطال الإيداع في النازلة هو أن الإيداع شرط إعماله، الرفع إلى القاضي، وإذنه في الإيداع، ونسخته المذكورة قد خلت عن ذكر الرفع للقاضي، وعن إذنه في الإيداع، فقد فُقد في شرط إعماله، فيجب إهماله، والله تعالى اعلم، وبه التوفيق.

[مسألة تعارض البينات في صلاحية الحاضنة]

وسئل عن ما حاصله : بينة شهدت أن امرأة تصلح للحضانة، ذاكرة أنها اختبرتها، وشهدت بينة أخرى أنها لا تصلح ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فبينة الحاضنة هي العاملة[1]. لأمور منها : أن قول بينة الزوج : عمياء طرشاء، مجمل في سنده، وبينة الحاضنة زادت سند شهادتهم، وهو الاختبار والمشاهدة، فيقضى بذات الزيادة، ومنها أن قول بينة المطلق : إنها عمياء نفي للمقتضى، وهو النظر الأعم [وقالت بينة الحاضنة إنها ترى باليمنى، فأثبت المقتضى لفظ الأخص، والقاعدة : من أثبت الأخص فقد كذب من نفى الأعم، فيقدم المثبت، ومنها أن قول بينة الزوج إنها

(1) في النسختين : غير عالمة، والأصح أنها غير عاملة، أي يؤخذ بها .

تصلح للحضانة، شهادة على نفي الأعم][1] . وقالت بينة الحاضنة إنها ممن تصلح للحضانة، فقد اثبتت، والمثبت مقدم على النافي، وأشار (ص 162 خ) إلى ذلك في الشامل مصدرا به، وضعف مقابله حيث حكاه بقوله : وقيل النافي، والله تعالى اعلم.

تذييل : [تفضل البينة الصادرة عن اختبار وتجربة عن البينة المجملة]

رجحت بينة الحاضنة لأمور : منها أن بينة الزوج حيث شهدت بأنها عمياء طرشاء، لم يذكروا سند شهادتهم، هل علموه من رؤية أو من سماع، أو من اعتراف منها، فصارت شهادة مجملة في سندها، وبينة الحاضنة زادت سند شهادتها، وهو اختبارهم الحاضنة، ومشاهدتهم إياها بالامتحان، والقضاء بذات الزيادة، هو المشهور من قول ابن القاسم، ذكره الطرابلسي في السلم الثاني من حواشيه.

[بينة الإثبات تقدم على بينة النفي]

ومنها أن بينة المطلق، حيث قالت إنها عمياء، نفت المقتضي للحاضنة على عمومه، وهو النظر التام، وبينة الحاضنة اثبتت مقتضيا أخص، فقد حصل التعارض بين البينتين المذكورتين، والنفي والإثبات في الأعم والأخص المذكورتين، فيجب تقديم البينة المثبتة على النافية، وأيضا فإن قصر الرؤية على العين اليمنى في بينة الحاضنة، غير مانع من حضانتها، بدليل وجبت الدية في عين الأعور دية كاملة،كما في العينين معا، فاعرفه.

[التجريح المجمل لا يقبل على المشهور]

ومنها أن قول بينة الزوج : إن الحاضنة لا تصلح للحضانة، شهادة على نفي، وقالت بينة الحاضنة إنها تصلح للحضانة، فقد أثبتت، والمثبت مقدم على

---

(1) ما بين القوسين سقط في (ت).

النافي، كلام الشامل وقع في أول فصل الحضانة، وفي بينة المطلق التجريح المجمل، حيث قالوا : لا تصلح للحضانة، وهو قول غير مقبول على المشهور، حسبما تقرر في بحث التعديل والتجريح، والله اعلم.

[تعارض البينة بين الحرية والعبودية في أحد الرجال]

وسئل بما حاصله : بينة شهدت أن نصر الله بن سالم، الذي صفته (ص 657 ت) كذا، ملك من أملاك فلان، ما علم شهوده خروجه عن ملكه ببيع ولا هبة، ولا وجه من الوجوه، إلى أن آبق من سيده من الموضع الفلاني، لنحو ثمانية عشر عاما فارطة، وألفي الآن بتونس، وشهدوا على عين العبد المذكور.

فعارضتها بينة أخرى، بمعرفة نصر الله المذكور، ووالده سالم وأمه وهي عائشة بنت خليفة، يعرضون ثلاثتهم، ويشهدون أنهم من أحرار المسلمين في ما لهم وعليهم، وأن نصر الله المذكور، تزايد على فراش أبيه المذكور، من زوجه المذكورة حينئذ، الحرة المذكورة، بحيث إنه (ص 163 خ) يتصرف في ضرورياته تصرف الحر في أحوال نفسه، ولم يدع عليه أحد في علمهم رقا ولا شبهة بوجه من الوجوه، وبمعرفتهم لفلان، المشهود له بملكية نصر الله في الوثيقة الأولى، وأنه حاضر عالم بتصرف نصر الله المذكور لنفسه، من غير مغير عليه ولا منكر، وما علم شهوده أنه ادعى عليه الرقية[1]. ولا مانع يمنعه من ذلك بوجه من الوجوه، إلى أن توفى، وأحاط بإرثه فلان وفلان، وما علم شهوده أنهما غيرا عليه إلى حين إقامة البينة المذكورة، فمن علم ذلك وتحققه حسب نصه لذلك، رافعا ولا ناسخا بوجه من الوجوه، إلى أن قام البينة، شهد بذلك، فهل الأولى العاملة أو الثانية ؟.

فأجاب المسراتي : إنه إذا كان الأمر كما ذكر، فقول الشهود في آخر الوثيقة من علم ذلك وتحققه حسب نصه... إلى آخره، فاسم الإشارة الذي هو

(1) أي بمعنى الرق.

(ذلك) عائد على المشهود به في الوثيقة، وهي حرية نصر الله المذكور، وهو أول فصل من فصول الوثيقة، ولبعده لحقت الأم لاسم الإشارة، فتكون شهادتهم حينئذ بالحرية، على العلم لا على البت.

[الشهادة بالحرية لا تكون إلا على البت وليس العلم]

وفي الطرر لابن عات، لو شهد الشهود في الحرية على العلم لم تجز الشهادة، ولم توجب حكما، ولا تكون الشهادة في ذلك إلا على البت، قاله ابن عات، وعليه فالشهادة المذكورة ساقطة، ولا يقال إن اسم الإشارة يعود لغير الحرية، لأن هذا خلاف الأصل، وترجيح بلا مرجح، بل الأولى والظاهر من الوثيقة عوده إلى الحرية، إلى مجموع ما في الوثيقة، وعلى كل منهما فشهادة الحرية داخلة تحت العلم، وتبين ما فيها، فبان بطلان الوثيقة، والله اعلم.

[إجابة الشيخ أبي القاسم عظوم على المسألة]

فأجاب الشيخ أبو القاسم عظوم، مسؤولا منه، بعد أن أخبر السائل أن في علمه غير ما قال المجيب، بما نصه : الحمد لله، اعلم أن شهادة الحرية في نصر الله، إذا اسقط الإعذار فيها من يجب له، فهي العاملة، لقولهم إنه حر وأن أباه سالما وأمه عائشة حران من أحرار المسلمين، ولقولهم إنه يتصرف تصرف الحر، وقد اختلف إذا شهدا شهيدان أنها تتصرف تصرف (ص 658 ت) الحرائر، وزاد أحد الشاهدين أنها حرة.

فأفتى ابن عات : الشهادة عاملة وحرية المرأة ماضية، وأفتى ابن القطان : الشهادة ناقصة إذا لم يشهد أنها حرة، وأفتى ابن مالك : الشهادة بأنها تتصرف تصرف الأحرار ناقصة، ولو قال : لأنها حرة، في شهادة تامة، قال ابن سهل : قلت لابن عات (ص 164 خ) فهل الشهادة بأنهم يعرفونها حرة، شهادة كاملة دون أن يقولوا بنت حر أو بنت حرين ؟، فقال نعم، انتهى.

ووثيقة حرية نصر الله، المنسوخة أعلاه، فيها تصرف الأحرار، وفيها يشهدون بأنه حر، فينطبق على إعمالها فتاوى هؤلاء الأشياخ، لا سيما زاد شهودها : وأنه ابن حرين، أبيه وأمه، ثم إن شهادتهم في هذه الحرية على القطع والبت، لقولهم ويشهدون بأن جميعهم أحرار، إلى قوله : تصرف الحر في أحوال نفسه.

[اسم الإشارة يعود لأقرب مذكور كالضمير][1]

أما قولهم : ولم يدع عليه أحد في علمهم رقا، ففي علمهم هو معمول لم يدع، لأنه أقرب مذكور إليه، وأما قولهم وبمعرفتهم محمد بن نصر الله المرداسي، ويشهدون بأنه حاضر عالم، إلى قولهم : فمن علم ذلك وتحققه بهذا، فهو متعلق بعدم تغيير مدعي الملكية، فالإشارة بذلك عائدة إلى هذا الفصل وما بعده، لأنه أقرب مذكور إلى اسم الإشارة، ولا تعود الإشارة إلى أول الوثيقة، وهو قولهم : يشهدون بأن جميعهم، لأنه أبعد مذكور إليه، واسم الإشارة يعود على أقرب مذكور. نص عليه الشيخ المغربي، فبمقتضى ذلك أنه كالضمائر.

[مسألة في عقد استرعاء لإثبات حرية شخص]

وقد سئل ابن عات عن نظير النازلة، وهو عقد استرعاء في إثبات حرية نصه : يشهد من يتسمى بعد : أنهم يعرفون فلان ابن فلان، بعينه واسمه، حر ابن حر، لم يكن لأحد من الناس عليه ملك ولا شبهة رق، في علمهم إلى حين شهادتهم ؟.

فأجاب : العقد عامل، ولو كتب العاقد يعرفونه حرا ابن حرة، لا حر وقول العاقد في علمهم، يرجع إلى قوله : لم يجر عليه لأحد.. إلى آخره، لأنه قدم على المعرفة بالحرية في صدر العقد بقوله : يعرفونه حرا بن حرين.

(1) العنوان : طرة في نسخة (خ).

فجوابه هذا، كما ترى، قد أعاد العلم الذي في الوثيقة إلى أقرب مذكور، ونفي أن يعود إلى صدر الوثيقة، مع أن صدر الوثيقة، يعرفونه حرا والمعرفة بمعنى العلم، وصدر وثيقة نصر الله : ويشهدون بأنهم أحرار فحملها على القطع أبين من حمل المعرفة عليه، وظهر أن عود الاسم (الإشارة) إلى أقرب مذكور، وأن اللفظ المصدر معناه القطع، وبهذا صحت وثيقة الحرية، وبطلت وثيقة الملكية، انتهى.

[مسألة رجل يقيم مع آخر في داره وبعد موت المالك ادعى الساكن ملكية نصفها]

وسئل بما حاصله : إنسان توفى عن أولاد أصاغر، وترك دارا في بلدة ومعهم رجل ساكن في حياة المتوفى (ص 659 ت) فادعى بعد موته، أنه يملك نصف الدار، فوقع بين الأولاد وبينه مشاجرة بعد مدة، فأشترى أحدهم منه الشطر، ولم يظهر حكم ملكه للشطر، فبحث عمن يشهد له، أو لأبيه بملك، فلم يجد، ثم إن الولد المشتري بحث في عقود أملاك أبيه، وكانت عند أخت له، فوجد حكم ملك جميع الدار لأبيه المتوفى دون، مشارك (165 خ) له فيها مستوفى بالشهادة العادلة، كما يجب، لا علم للأولاد به.

فلما علم الرجل المذكور بذلك، أثبت وثيقة، أن شطر الدار لأولاد حمادة، الذين أحدهم البائع المذكور، من غير أن يعين شهودها، أنهم وأباهم اشترى من المتوفى المذكور، فهل يصح الرسم الذي بالشهادة العادلة، بحكم ملك المتوفى لجميع الدار، وتكون ميراثا لأولاده، وتاريخه متقدم على تاريخ الوثيقة التي أقام الرجل، ويسقط قيام الرجل بالوثيقة أم لا ؟ .

[مشهور المذهب يقضى بأعدل البينتين وتقدم التاريخ مرجح للبينة]

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فقد تعارض رسم ملك المتوفى ووثيقة الرجل المدعي النصف، وعند التعارض يقضى بالأرجح، ويرجح رسم المتوفى

بوجهين، أحدهما : أعدلية شهوده، لقول السائل إنه بالشهادة العادلة والمشهور من المذهب وبه الفتوى، أنه يقضى بأعدل البينتين في الأموال والوجه الثاني : تقدم التاريخ، وتقدم التاريخ في إحدى البينتين مرجح لها، وإن كانت البينة المقابلة لها أعدل، وبه الفتوى أيضا، وفي بيع الرجل جميع النصف قادح آخر، وهو أنه أقام البينة، أن ملك النصف لأولاد حمادة، ومن حق المبتاع إلا يبعض الصفقة.

وحاصل الجواب، أن رسم ملك المتوفى هو الراجح، ووثيقة الرجل المذكور مرجوحة بالوجهين المذكورين، فيقضى بالرسم، وتلغى الوثيقة، والله اعلم، وبه التوفيق، انتهى، ثم ذيله ببيان مستند ه من النقل[1] .

[مسألة رجل شهد له بملكية قاعة ثم ظهرت وثائق تتعارض مع ذلك]

وسئل بما حاصله : وثيقة فيها شهود شهدوا لرجل بمعرفته، وأن ملكا من أملاكه، ومالا من ماله، وحقا من حقوقه، وحوزا من حوزه، جميع القاعة الكائنة بكذا، المحدودة بكذا، إلى أن مات.

ووثيقة حاصلها : أن نائبا عن ورثة رب القاعة، اعترف أنه لا حوز له ولا لولده فيها، وأنه لم يقع فيها حوز، وأنها براح إلى الآن، وشهد عليه شهود دعوى الشهداء بين الخصمين، وشهدوا على الوكيل في غيبة الخصم.

ووثيقة حاصلها : أن بنتين تصدقتا على أخيهما، بما صار إليهما بالإرث في أبيهما، وهو الثلث، وبما صار لهما، وفي نائب أخيهما منه، وهو الثلث أيضا، وحاز ذلك وتصرف فيه بأنواع التصرفات، فقيم عليه من قبل المشهود له أولا، فهل تنهض حجة الأول أو الثاني ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، فاعلم أن رسم الاستحقاق المصدر (ص 660 ت) بمضمونه، عامل مستوف لشرائطه، لأن المطلوب فيه ذكر

(1) لم ينقل المؤلف تذييل المفتي على هذه المسألة رغم الإشارة إليه.

الملك، وعدم التفويت في حق الميت، في علم الشهود، وليس من شرطه صحة حوز ولا ذكر الفوات، لأنها أثبتت في رسم خاص بها، فذلك كاف، ولا يعارض رسم الاستحقاق اعتراف الوكيل، ولا يعارضه أيضا رسم الهبة، لأنه لا يصلح لمعارضة (ص 166 خ) رسم الاستحقاق.

[إذا كان الحوز مختلا فتختل معه الهبة]

وحوز الموهوب له في رسم الهبة مختل لإجماله، وتختل الهبة باختلاله وفات محل تداركه إن ماتت الموهبتان، وفي الهبة خلل آخر أضربت عنه خوف الإطالة، والحوز المذكور ثانيا باطل شرعا لوجهين جليلين، وبعد أن تبين أن رسم الاستحقاق يعمل به، فلا يكذبه اعتراف الوكيل، انتهى بإسقاط ما لم يظهر لي في إسقاطه ضرر.

[ما جرى به العمل في تونس وغيرها كتابة وثيقة للاستحقاق وأخرى للورثة]

ثم ذيله : بأن ما ذكر من الملك، وعدم التفويت في علم الشهود، هو صريح في أول الاستحقاق من وثائق الفشتالي، وأما خلوه عن ذكر الوفيات[1]. وذكر الورثة، فغير قادح، لأن إيقاع ذلك في رسم خاص سائغ، واقع بكثرة بتونس وغيرها، يعملون وثيقة الاستحقاق، ويعملون وثيقة الوفاة والوراثة وحدها مجردة، فيكون مجموعهما محصلا للمراد، ويشهد له ما وقع في بحث الاستحقاق في الورقة 64 من ترجمة الغصب والاستحقاق من البرزلي، ونصه في اختصار ابن سهل : إذا شهد شهود لرجل بملك إلى أن توفى، وشهد آخرون بعدة ورثته، جازت الشهادتان وصح الملك للورثة، انتهى[2].

وقولي : ولا يعارض رسم الاستحقاق اعتراف الوكيل، هذا لأن شهيدي

---

(1) في الأصل : الوفاءات، ولعل المقصود بها الوفيات.

(2) فتاوى البرزلي، ص 251: 5 .

النسخة صدرا بأنهما دعيا ليحضرا بين فلان وخصمه، والخطاب بهذا الاعتراف لم يكن بين الخصمين، فلا يكون مما استحضرا إليه، ولم يكن معهما إذن فيه من الخصمين، وإنما أحضرا لما يكون بين الخصمين، لا لما بين أحد الخصمين والشهود، في غيبة الخصم الآخر.

[حكم شهادة الشاهد في غير ما دعي للشهادة فيه]

قال الشيخ البرزلي، في الورقة 19 من مسائل الدماء، ما نصه : حقوق الآدميين إن دعا صاحب الحق الشاهد للشهادة، فيجب أداؤها إذا تحملها، إلا أن يشترط ألا يشهد[1] . ففي المدونة : يشهد بعد الاتعاظ، وفي رواية أعرفها : أنه لا يشهد للشرط ولم أزل أفعله[2] .

قلت : وهذان الخصمان لما أن أحضرا الشاهدين لما يكون بينهما، صار ذلك بمنزلة شرطهما عدم الشهادة فيما لا يقع بينهما، فصارت شهادة الشاهدين، بما يقع بين الشاهدين، وبين أحد الخصمين بغيبة خصمه، غير مأذون فيها، فتبطل عملا بالرواية التي ذكرها الشيخ البرزلي، وبما في نفسه[3] .

[بطلان إقرار الوكيل إذا تصمن إخراج موكله عن ملكه]

مع أن الشيخ الرجيبي[4] . والشيخ ابن عقاب[5] . على أن الوكيل لا يقر على موكله فيما يخرجه فيه من أملاكه، قال ابن سهل : وهو الصحيح عندي اعرفه في الورقة (..)، قلت : فكأنه تقييد للمدونة في مسألة ما إذا وكل على الأخذ بشفعته، فأقر أن موكله سلمها، اعرف ذلك هناك[6] .

---

(1) في النسختين : وإن يشرط ألا يشهد، والتصحيح من فتاوى البرزلي .

(2) فتاوى البرزلي، ص 125 / 6.

(3) في الأصل بياض قدر كلمتين بين بما في نفسه، طرة في نسخة (خ) ص 166 .

(4) لم أعثر له على ترجمة .

(5) لعله أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن عقاب التونسي، قاضي الجماعة بها وخطيب جامعها الأعظم، فقيه، علامة، وحافظ، له أجوبة مفيدة، توفى سنة 851 هـ، شجرة النور، ص 246/ 1.

(6) إذا وكل على أخذ بالشفعة، فأقر بإسقاط موكله لها. طرة في نسخة (خ) .

وقولي : ولا يعارضه أيضا رسم الهبة، لأنه لا يصلح لمعارضته ضمير (ص 661 ت) يعارضه، ومعارضة كلاهما عائذ على رسم (ص 167 خ) الاستحقاق، ووجه عدم معارضته إياه، أنه لم يكن فيه، أي في رسم الهبة ملك للواهبتين، ولا ملك لمن ورثتا عنهما، وهما أبوهما وأخواهما، ورسم الاستحقاق تضمن الملك للخصم، والمجرد من ثبوت الملك، لا يعارض ما ضمن الملك.

وقولي : وحوز الموهوب له في رسم الهبة مختل لإجماله، حيث قالا : حوز المشاع في مشترك الرباع، فلم يفسر كيفية هذا الحوز في مشترك الرباع بل أبقياه مجملا، وهو إنما يحاز جميع الملك المناب الموهوب وما منه المناب[1]. والمجمل لا تقبل الشهادة به على إجماله، إلا من العلماء، ولا تقبل من غيرهم إلا بعد تفسيرها.

[الشهادة المجملة تقبل من العلماء ولا تقبل من غيرهم إلا بعد تفسيرها]

قال الشيخ الطرابلسي، في شركة حواشيه : التحقيق أن كل شهادة تقع مجملة، تقبل من العالم على إجمالها، ولا تقبل من غيره، إلا بعد تفسيرها وبيانها، ذكره ابن رشد في الشهادات من المقدمات، انتهى[2]. ثم قال بعد في آخر التذييل : وإذا بطل الحوز بإجماله، فيبطل في جميع الأملاك التي منها القاعة.

قولي : وفي الهبة خلل آخر أضربت عنه.. إلخ، هذا الخلل هو ما دل

(1) هذه مسألة دقيقة جدا في فقه القانون، فرهن العقار المشاع رهنا حيازة لا يتم إلا إذا حاز الدائن المرتهن كل العقار، وحوزه للجزء المشاع باعتباره دائنا مرتهنا، ولبقية الحصص الشائعة هو وكيل عن بقية الملاك، أو أن تتم الحيازة من شخص آخر يتفق عليه، والملاحظ أن الفقه الإسلامي دقيق في هذه المسألة، وهو ما تنبه إليه المفتي في هذه المسألة، يراجع كتابنا : الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، ص 96 .

(2) المقدمات الممهدات، لابن رشد، ص 287 / 2.

عليه صدر رسم الهبة من أن الواهبتين لهما أخ شقيق، وهو الموهوب له، وأخ شقيق آخر، وهو الذي وهبتا حصتهما منه، فمقتضى هذا أن يكون لهما الثلث في مخلف أبيهما، والنصف من مخلف أخيهما المتوفى، فهذا دليل على جهالتهما بقدر الموهوب، وعليه فلا تلزم الهبة.

[تعليق المؤلف على هذا الرأي في مقدار الهبة]

اعرف أن الهبة لا تلزم مع الجهل، وقد نقلت كلامه مختصرا، وكرره في التذييل، وظاهره عدم لزوم الهبة في الثلث، وما زاد عليه، والذي يظهر عدم اللزوم، إنما هو فيما زاد على الثلث، وهو السدس، فحقق ذلك، انتهى[1].

[الحيازة شرط في الهبة وفي سائر التبرعات]

قولي[2]: وتختل الهبة باختلاله، هذا لأن الحوز في الهبة شرط صحة فيها، كسائر التبرعات، وقولي: وفات محل تداركه... إلخ، هذا لأن شرط صحة الحوز في كل التبرعات، وقوعه في صحة الواهب، وقيام وجهه، أي قبل فلسه ومرضه وموته[3].

[وجوب عقلة المتنازع فيه][4]

قولي: والحوز المذكور ثانيا باطل شرعا لوجهين جليلين، هذا الحوز هو المذكور في السؤال، والحوز الأول هو المذكور في رسم الهبة، والمذكور في السؤال هو قوله: حازوا الآن، فحوزهما الآن باطل، لأن المتنازع فيه يجب

(1) انتهى من خط مؤلفه بهامش الأصل، طرة في نسخة (خ) ص 167 .

(2) الكلام يعود على المفتي الشيخ عظوم .

(3) معنى قيام وجهه: عدم فلسه، بخط المؤلف، طرة في نسخا (خ) ص 173 .

(4) العنوان: طرة في نسخة (خ) .

عقله بإقامة بينة على ذلك[1]. ثانية برفع اليد عنها بالكلية، قاله في التبصرة والوجهان، أي اللذان يبطل بهما الحوز الثاني : -

الأول منهما وقوعه بعد موت الواهبتين، بدليل التاريخ، لأنه ثمانون سنة بعد الهبة، فيبعد بقاء حياتهما مع مالهما من العمر قبل ذلك .

والثاني منه كونه حوز ما فيه خصومة (ص 168 خ) إذ حقه العقلة للخصومة الواقعة فيه مع بينة الاستحقاق، فيمنع الحوز وغيره، انتهى بإسقاط وتغيير لا مضرة فيه، فيما يظهر لي.

[مسألة من شهد لآخر باستحقاقه لشيء معين وقال : أنا بعته له ؟]

وسأل الشيخ محمد بن مقيل، رحمه الله، الشيخ عبد الباقي الزرقاني المصري، عام طلوعنا للحج، بل رجوعنا منه، سنة تسع وتسعين وألف[2]. بما نصه (ص 662 ت) جوابكم، رضي الله تعالى عنكم، عمن شهد لآخر باستحقاق لشيء معين، وقال : أنا بعته له، والحال أن المشهود له، مقر بمعرفته لصحة ملكية البائع، فهل تبطل شهادة الشاهد المذكور، لذكره أنه البائع للمشهود له مطلقا، أم تصح في مثل هذه الصورة، لانتفاء رجوع المشتري فيها على البائع بالثمن، كما إذا قال : وهبته له بدل بعته له، أم كيف الحال، أفيدوا لجواب في ذلك مأجورين ؟، والسلام عليكم.

فأجاب بما نصه : الحمد لله، يكتفي بشهادة البائع المذكور، مع علم المشتري بصحة ملكية البائع، لأنه لو استحق من يد المشتري مع العلم المذكور، لم يرجع بثمنه على البائع، كما في المختصر، وهو قول ابن القاسم

---

(1) العقلة : رفع يد المتصرف في العقار المتنازع فيه ووضعه تحت يد أمين حتى لا يقع تفويته والخصام قائم، وتكون بحكم، الأحكام الصادرة عن المجلس الشرعي، الرباط، ص 699 / 1.

(2) هل تعتبر رحلة الحج رحلة علمية، أو رحلة عارضة رغم ما يتم فيها من تحصيل علمي، على النحو الوارد في هذه المسألة ؟ .

خلاقا لأشهب، وليس كمسألة، وهبته له المذكورة في الإقرار، لأن موضوعها أن السلعة بيد شخص فادعاها آخر، فقال من هي بيده : بعتها أو وهبتها لي وأنكر المدعي، فهو إقرار ممن بيده، بملكية المدعي للسلعة، فلا تقاس المسألة المسؤول عنها على هذه، للفرق بينهما، الله اعلم، وكتبه عبد الباقي الزرقاني المالكي، انتهى بلفظه.

[تعليق الشيخ محمد بن مقيل على جواب الشيخ عبد الباقي الزرقاني]

فكتب الشيخ محمد بن مقيل تحته، ما نصه : الحمد لله، يقول العبد الفقير، كان الباعث على السؤال المسطور أعلاه، استشكال تقييد المجيب في شرحه لقول المختصر في الشهادات : ولا إن شهد باستحقاق، وقال : أنا بعته له[1] . ورجاء أن يكون في الجواب ما يعلم منه مستند ذلك التقرير، فجاء كما قيل عينه قراره[2] . فترك البحث فيه لعدم الداعي إليه، وأعيد السؤال من أصل المقصود، بما صورته، انتهى ما وجد بخطه، رحمه الله، ولا أدري أكتب وأجيب أم لا ؟، لكن وجدت في ورقة بخطه، وأظن أني سمعت منه أن فيه التحقيق في تعليل المسألة، وهو من شرح ابن مرزوق[3] . ما نصه : -

[إذا شهد العدل لغيره بشيء وقال إنه باعه له لا تقبل شهادته]

الحمد لله، قوله : ولا إن شهد باستحقاق، وقال أنا بعته له، يعني أن العدل إذا شهد لغيره بشيء، أنه له بحيث يستحقه المشهود له، ثم قال الشاهد بعد شهادته (ص 169 خ) وأنا بعته له هذا الشيء، فإن هذه الشهادة لا تقبل ووجه عدم قبولها، والله اعلم، أنه شهد لنفسه، لأنه مع إقراره أنه باعه له، إن

---

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 265، وشرح الزرقاني للمختصر، ص 170 / 7 .

(2) المقصود نفس رأيه المذكور في الشرح .

(3) لعله ابن مرزوق الحفيد، شارح المختصر، تقدمت ترجمته.

لم يثبت ذلك الشيء للمشهود له، يرجع على بائعه بما دفع له من الثمن، فهو جار لنفسه أو دافع عنها الغرم[1].

[مسألة من استعار دابة إلى برقة والرسول قال: إلى فلسطين]

وهذا الفرع على هذا راجع، إما لقوله: ولا إن جربها، أو إلى قوله: ولا إن دفع، ويحتمل أن يوجه عدم قبولها، بأن يشهد على فعل نفسه والتوجيه الأول (ص 663 ت) أقرب، وعلى كل تقدير، فهذا الفرع لا أذكر الآن من نص عليه، وفي ظني أني وقفت عليه ونسيت محله، وتشبه علي التوجيه الأول، قوله في العارية من المدونة: ومن بعث رسولا إلى رجل يعيره دابة إلى برقة[2]. فقال له الرسول: يسألك فلان أن تعيره إياها إلى فلسطين، فأعاره فركب المستعير ولا يدري فعطبت، فإن أقر الرسول الكذب ضمنها، وإن قال: بذلك أمرني وأكذبه المستعير، فلا يكون الرسول ها هنا شاهدا لأنه خصم، والمستعير ضامن، إلا أن يأتي ببينة أنه أمره إلى برقه، انتهى[3].

[إذا أنكرت الثيب توكيل والدها في الزواج لا يؤخذ بقوله]

وتشبه علي الثاني، قوله في النكاح الأول من المدونة، قال ابن القاسم: وإن شهد الأب وأجنبي، على توكيل البنت الثيب إياه على نكاحها، فأنكرت لم تجز الشهادة، لأن الأب يشهد على فعل نفسه، وإن وجد رجل مع امرأة في بيت، فشهد أبوها وأخوها أنه تزوجها، لم يجز نكاحه، ويعاقبان، وإن ثبت الوطء حدا، انتهى[4].

---

(1) ذلك ما يعرف في الفقه القانوني بضمان الاستحقاق، وهو أن المبيع إذا استحق من المشتري بسبب يعود لما قبل البيع، فللمشتري أن يعود على البائع بالثمن الذي دفعه والمصروفات.

(2) برقة المقصودة هنا، هي المنطقة التي تقع شرق ليبيا.

(3) المدونة الكبرى، ص 425 / 4، والرواية سبق تخريجها.

(4) المدونة الكبرى، كتاب النكاح الأول، ص 128 / 2.

[شهادة رجلين بعث معهما مالا إلى رجل وقال لهما : لا تشهدا عليه غيركما]

وقال ابن القاسم، وهو في العتبية أيضا : إن بعث مع رجلين مالا يدفعانه لرجل، وقال : لا تشهدا عليه غيركما، ففعلا، وأنكر القابض، لم تجز شهادتهما لدفعهما عن أنفسهما التهمة، ولا يضمنان لأنهما بذلك أمرا، وقاله أصبغ[1].

[شهادة المتقاسم مع شريكه السابق جائزة]

فهذه المسائل تدل على، أن من شهد على فعل نفسه، لا يقبل، إلا أنه ذكر في النوادر مسألة توهم نقيض ما قال المصنف، قال في كتاب ابن سحنون عن أبيه : إن شهد لرجل في سهم، في شرب نهر، أو عين، أو حق في أرض وكان أصل ذلك كله بينهما وقاسمه، ثم يشهد له، أنه يملك ذلك الذي صار له في القسم، من أصل، أو عين، أو أرض، قال : شهادته له فيها جائزة، انتهى فتأمله[2].

[مسألة من شهد لرجل استحق ثوبا أنه له، وقال : أنا بعته له]

قال الشيخ : وبعد أن كتبت هذه المسألة، وقفت على المسألة في الشهادات الثاني، من كتاب ابن يونس، ونصه : قال أبو محمد : سئلت عمن شهد لرجل استحق ثوبا أنه له وقال : أنا بعته له ؟، فأجبت : إنه لا تجوز شهادته، لأن من شهد له بشيء أنه يملكه بشرائه (ص 170 خ) من فلان، فلا تتم الشهادة فيه حتى يقولوا : إن فلانا البائع علمنا أنه يملكه، أو يحوزه حيازة الملك حتى باعه من هذا، فهذا الشاهد البائع لم يثبت ملكه للثوب إلا بقوله انتهى.

---

(1) البيان والتحصيل، لابن رشد، ص 215 / 10، وسبق تخريج هذه المسألة.

(2) النوادر والزيادات، لابن أبي زيد، ص 317 / 8.

فرد شهادته لجره لنفسه كما وجهنا أولا، والوجوه الثلاثة متقاربة، وظهر من [مسألة][1]. أبي محمد في الشهادة أن معنى ما كتاب سحنون، أن الشاهد يثبت له ملكية ما شهد به قبل القسم، والله اعلم، انتهى من شرح ابن مرزوق انتهى ما وجد بخط الشيخ محمد بن مقيل.

[شرح الشيخ الزرقاني لقول خليل: ولا إن شهد لشخص باستحقاق شيء معين]

ونص تقرير الزرقاني، الذي أشار إليه الشيخ محمد بن مقيل، هو قوله: ولا إن شهد لشخص باستحقاق شيء معين، كثوب، وقال: أنا بعته له، أي للمشهود له، فلا تصح، لاتهامه على رجوع المشتري عليه بالثمن، لو لم يشهد له، ولذلك لو أبدل (ص 664 ت) بعته بوهبته له، أو تصدقت به عليه صحت، لانتفاء الرجوع عليه إن لم يشهد، ومفهوم قوله: وأنا بعته له، أنه لو ثبت أنه كان باعه له، فلا يضر لاحتمال كذب البينة، لأن الإقرار أقوى، كما استظهره البرموني، وهو ظاهر كلام المؤلف، وإلا لقال: وثبت بيعه له، ليكون شاملا للبينة والإقرار، واستظهر [الشيخ أحمد الزرقاني][2]. خلافه، وأنه أجرى بهذا الحكم من الإقرار بمثابة من شهد لنفسه بالملكية.

هذا وذكر المصنف هذه المسألة، لا يخلو عن شيء، لأنه إن كان المانع فيها من باب الحرص على القبول، فكان يذكرها عقبه فيما مر، أو يكتفي به لشموله لها، وإن كان من باب الدفع عن نفسه، لئلا يرجع عليه بالثمن، لو لم تقبل شهادته، فهو نوع من أمثلة قوله: ولا إن دفع.. إلخ، فكان يستغني به عن هذه لشموله لها، وقد يجاب عنه بأنه لما تردد بين النوعين، عده قسما مستقلا انتهى[3].

---

(1) ما بين القوسين، إضافة يقتضيها السياق.

(2) يرمز الشيخ عبد الباقي الزرقاني بحرف (د) للشيخ أحمد الزرقاني، صاحب حاشية على شرح خليل، فاقتضى ذلك وضع الاسم كاملا.

(3) شرح الشيخ عبد الباقي الزرقاني على خليل، ص 170 / 7.

ثم رأيت نص مراجعة الشيخ محمد بن مقيل، للشيخ عبد الباقي [الزرقاني] غير مجاب فيها، وضاقت هذه الطرة عن كتبها هنا، فكتبته في الصفحة الأولى من الورقة التي بعد هذه، فانظره ثمة[1].

[مسألة من اشتهر بالعدالة ثم وجد بعد موته كتاب يطلب فيه الرشوة]

وسئل الشيخ عبد القادر الفاسي، فيمن كان أيام حياته، ظاهر العدالة مشتهرا بها، ثم وجد بعد موته كتاب بعث به لأحد المتخاصمين [بعد ترداده‍ما إلى الحكام، وكثرة الشغب في الخصام، بخط يده][2]. ما نصه : إن فلانا خصمك، حاول منى وضع اليد على رسم أتاني به، فوقع مني له اعتذار إليه قصدا لمشورتكم، لعهد المحبة الراسخة بيننا وبينكم، وذلك على أن يعطيني دراهم معدودة، فانظر حينئذ بين أن ترسل إلينا من الدراهم كذا، وإلا أضع له يده على حسب سؤاله، فعرفني ببادئ رأيك قبل مجيئه إلينا.

أتنبذ شهادته بذلك، ولا يسئل عن عدالته، لما اعترف به وأقر به من تجريحها، فيجب نفيها عن (ص 171 خ) كل ما شهد فيه قبل وبعد ؟، أم تقبل وتنفذ ؟، وعلى تقدير طرحها، ما تقول فيمن يقول بإعمالها من الطلبة، وعلل ذلك باحتمال التوبة، مما هو عليه من أهلية للفصل والقضاء في أحكام الشريعة الأحمدية ؟، أتتضح له حجة [في باب القضاء][3]. أم يجب عزله فيه ؟.

فأجاب : إن ثبت على ذلك الشاهد المذكور، أنه خطه، فتلك جرحة ظاهرة، فما وقع من الأحكام بشهادته، قبل فسقه وجرحه، مضى، ولا تجوز شهادة ما بعد ذلك، وأما احتمال أنه تاب ورجع من ذلك، فاحتمال وتجويز عقلي لا ينبيء عليه شيء، والله اعلم والسلام،[4].

---

(1) يراجع فيما يأتي من مسائل الشهادات .

(2) ما بين القوسين، سقط في (ت)، (خ) .

(3) ما بين القوسين، سقط في (ت)، (خ) وأكمل من الطبعة الحجرية للأجوبة.

(4) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي، ص 132 - 133 / 2 .

[مسألة العبد والصغير هل يؤديان اليمين أمام القضاء ؟]

وسئل هل تسقط الدعوى على العبد والصغير ؟ أو يحلف عن العبد سيده، وترجى لغيره ؟

فأجاب : وأما العبد إذا توجه عليه اليمين، فإنه يحلف، والأحكام المترتبة على كونه مأذونا له في التجارة، أو محجورا عليه، مذكورة في كتب الفقه، وإن وجبت يمين على صغير لا يحلفها، وأخرت إلى بلوغه، انتهى.

[إذا ترتبت اليمين على بيت المال هل يؤديها أو تنقلب على خصمه]

وسئل عمن مات فورثته زوجته وعصبه إرث بيت المال، وللزوجة دين ثابت على زوجها، ودعاوى للزوج دين على ميت آخر ببينة، هل يحلف العاصب المذكور لرد دعاوى الزوجة (ص 665 ت) ويحلف يمين القضاء الموروثة عن الميت ؟، وما الحكم لو نكلت الزوجة عن يمين القضاء، فيما اختصت به من الدين، هل يسقط حقها بمجرد النكول، أو تعقب اليمين على العاصب ؟ .

[أصحاب المواريث لا يمكنون من الخصام][1]

فأجاب : وأما عاصب بيت المال، إذا توقفت حيازته لشيء على يمين فذلك مما يتعذر فيه اليمين، كحبس على الفقراء والمساكين، إذ لا يحلف إلا من يستحق الملك والقبض، وليس هنالك من يشار إليه بالقبض، إلا ويمكن أن يصرف عنه إلى غيره، فلم يتعين حينئذ من له ذلك، وإذا تعذر اليمين هنا انقلبت على خصمه، فيحلف ويبرأ، وفي ابن سلمون : أصحاب المواريث لا يمكنون من الخصام[2] . في شيء يدعونه لبيت المال من غير أن يجعل لهم

---

(1) العنوان طرة في نسخة (خ) ص 1717 .

(2) ما ورد في آخر الجواب، لا يدل على أن بيت المال لا يجوز له الخصام، وأنه ليس لديه الشخصية المعنوية (بالتعبير الحديث) لما ورد في عبارة : من غير أن يجعل لهم ذلك، وبالتالي تكون لهم الصلاحية في رفع الدعوى والخصام للمطالبة بحقوقه، ويلاحظ أن العبارة اقتصرت على صاحب المواريث، وهو ليس بيت المال، بل قد يكون شخصا آخر مكلفا من القاضي، وبالتالي يأذن له في المخاصمة، وهو مقتضى عبارة (من غير أن يجعل لهم ذلك) والله اعلم. المحقق .

ذلك، إلا أن يريدوا إثبات ذلك وتحصينه دون مخاصمة من هو بيده، انتهى انتهى.

[مسألة الحصول على نسخ الوثائق وأجرتها وأجرة القسمة][1]

ومن خط الشيخ العروي، كاتب أجوبة الشيخ أبي القاسم عظوم، في خلال أجوبته، ما نصه : مسألة، سئل الشيخ ابن عرفة، رحمه الله تعالى، إذا أثبت بعض الورثة الوفاة، فطلب غيره في نسخة، هل يلزمه ذلك ؟.

فأجاب : كان الشيوخ يختلفون في ذلك، وأرى أن طلبه في نسخة بأثر حصولها، فلا يلزمه ذلك، إلا من شهد في الأولى بحال الحياة، فيعمل الآخر وثيقة ويشهد له فيها، وإن طال الزمان، بحيث يظن موت الشهود وتعذرهم (ص 172 خ) قضي عليه بإعطاء نسخة، وحيث يقضى عليه بالنسخة، لا شيء له مما خسر فيه، وحيث لا يقضى عليه، إن تراضى مع صاحبه على منابه ممن خسر جاز، وإلا فلا يلزمه، وإذا أبى سائر الورثة من دفع حصصهم، مما خسر عليها من أقامها، فلا يلزمهم، انتهى.

[أجرة الوثائق على عدد الرؤوس]

[قال] الشيخ البرزلي، في الورقة الثالثة من نكاحه، ما نصه : في المدونة ما يدل على أن الورثة، إذا اجتمعوا على إثبات وفاة ونحوها، فأجرتها على جميعهم، على عدد رؤوسهم، وكذلك قيمة الوثيقة، ومن طلب نسخة منها فله ذلك بالقضاء، بخلاف ما لو أقامها أحدهم، فليس عليه أن يعطيهم نسخة منها إلا برضاه، وقد نزلت بتونس، وحكم بذلك، ووقعت الفتيا به، انتهى[2].

---

(1) كلام في أخذ النسخ وهل يقضى بها وكيف أجرتها، طرة في نسخة (خ).

(2) فتاوى البرزلي، ص 180 / 2.

[من له الحق في الحصول على نسخة الوثيقة]

قلت : وقع هذا في أول نكاح المنتخب[1]. وهذا الذي تقدم من عدم القضاء على مقيم الوفاة، بإعطاء النسخة منها لمن لم يقمها، ظاهره أن النسخة طلبها طالبها للتوثيق، وأما لو طلبها للإعذار، فقد سوى بين الوكالة والوفاة الشيخ ابن عتاب، قائلا : كان الشأن في القديم الإعذار، ثم ترك، قال القاضي ابن بشير : إنما ترك الإعذار في الوكالة والوفاة، لأنه لا بد أن يعذر إليه في آخر الأمر، وحسنه القاضي أبو الأصبغ ابن سهل (ص 666 ت) في قوله : هذه نكتة حسنة، وسلم ذلك كله الشيخ ابن عرفة، رحمه الله تعالى، مقتصرا عليه كأنه المذهب، في الورقة 12 من وكالاته، والله اعلم، وبه التوفيق.

[مسألة المشهود له إذا كذب شاهده في بعض ما شهد به بطلت الشهادة كلها][2]

وسئل [المسراتي] بما حاصله : رجل اسمه الحاج رمضان، عمل محاسبة مع محاجير له مدتها أربعة أعوام وثمانية أشهر، ثم بعد موته، ذكر أولاده أن تلك المحاسبة قدرها أربعة أعوام وثلاثة أشهر فقط ؟.

فأجاب : إذا كان الأمر كما ذكر، وكان ولدا الحاج رمضان، هما القائمان بالمحاسبة المنسوخة، بمحوله وأبطلا محاسبته، وذكرا فيها، أن مدة هذه المحاسبة أربعة أعوام وثلاثة أشهر، فقد كذبا دعواهما بالمحاسبة المنسوخة بمحوله، وأبطلا قول أبيهما في مدتها، وهما وارثان، فيتنزلان منزلته لانتقال حقه إليهما، فقد كذبا شهيدي محاسبة والدهما في شهادتهما بذكره مدة أربعة أعوام وثمانية أشهر، وإذا كذباها في بعض ما شهدا به، سقطت شهادتهما في جميعه، على ما وقعت به الفتوى، فيبطل العمل في هذه المحاسبة، والله اعلم، وكتبه أحمد بن محمد المسراتي.

---

(1) لعله كتاب المنتخب في الأحكام، لابن أبي زمنين.

(2) العنوان : طرة مكتوبة على الصفحة 172 نسخة (خ) .

[تعليق الشيخ أبي القاسم عظوم على المسألة]

وأجاب الشيخ أبو القاسم عظوم، بما حاصله : الجواب المسطور أعلاه عن هذه النازلة، صحيح، وبمثله أجيب، والله اعلم، وبه التوفيق (ص 173 خ) وعطفه الحاج سالم كذلك[1]. انتهى بإسقاط يسير لا يضر، إن شاء الله.

[مسألة في جواز أخذ الأجرة على كتابة الوثائق]

وسئل الشيخ محمد بن ناصر الدرعي، هل تجوز الإجارة للموثقين في المدائن الأخرى ؟.

فأجاب : يجوز للموثق أخذ الأجرة على كتب الوثيقة، بقدر ما تعطل عليه من سبب معاشه، بالاشتغال بكتبها، ولا يتعدى فيها مقدار ما انشغل عن سببه، والله اعلم[2].

[مسألة الموثق يدفع له أكثر من أجرته وهو لم يطلب ذلك]

وسئل عن الموثق، إذا دفع الناس له شيئا أكثر من إجارته، من غير أن يطلب منهم شيئا، أيجوز له أخذه ؟.

فأجاب : لا يجوز[3].

[مسألة من يمتنع عن كتابة الوثائق لأجل قلة المعرفة والخوف]

وسئل : هل يجوز لأحد أن يمتنع من كتب الوثائق، لأجل قلة الفقه والمعرفة، والخوف على نفسه، وإرادة الهروب إلى الله، أم لا ؟.

فأجاب : نعم يجوز له الامتناع، ما لم يتعين عليه ذلك بانفراده بالتأهل له، ولا تجوز العزلة عن الناس إلا أن خاف أن يضرهم بشيء منه.

---

(1) لعله يقصد الشيخ سالم المسراتي، أحد المفتين في ذلك الوقت بتونس.

(2) الأجوبة الناصرية، ص 80 .

(3) الأجوبة الناصرية، ص 80 .

[كلام على العزلة والزهد والمدارات والمداهنة][1]

وعليه أن يوازن بين أفعال الجماعة، فإن غلب ما رده من الذنوب الخير فعليه الهروب منهم، [وإن غلب الخير الشر، فلا يعدل عنهم][2]. وإن استويا الخير والشر، فالهروب أولى، والزهد في الرئاسة أفضل من آلف زهد في المال، معناه ترك محبة تعظيم الناس لك، وتقديمهم وتوقيرهم وتبجيلهم أفضل من ترك محبة جمع المال والتكثر منه.

وحقيقة الزهد أن يكون اعتمادك (ص 667 ت) على قسمة الله السابقة وكفالته بالرزق، والمداراة جائزة، وهي إعطاء الدنيا للدين، والمداهنة غير جائزة، وهي ترك الدين للدنيا، كما يفعل بعض فساق القرى مع الملوك، انتهى المراد هنا[3].

[مسألة الشهادة على الحبس والاطلاع على وثائقه هل يعمل بها أم لا ؟]

قلت : وقفت للفقيه محمد بن مساهل الطرابلسي، على جواب في حبس، وفيه ما يتعلق بالشهادة على الخط، أردت نقله هنا، لينظر فيه، ونصه : لا شك أن السماع الفاشي بشروطه يعمل به في الأحباس، وكذلك شهادة محمد بن أحمد في أنه رأي الحبس وقرأه وعرف شاهديه، معمولا بها أيضا، قال في كتاب الوجازة في صحة القول بالإجازة، للفقيه بن مخلد النحوي، أحد الفقهاء المالكيين الذين عرف بهم القاضي عياض في مداركه[4]. ما يدل على إعمال شهادة الرجل يقول : وقفت على رسم بشهود إثبات حق لطالب، وغاب الرسم المذكور عن مجلس الحكم.

---

(1) العنوان : طرة في نسخة (خ) ص 171 .

(2) ما بين القوسين : سقط في (ت)، (خ) .

(3) الأجوبة الناصرية، ص 80 - 81.

(4) هو الوليد بن بكر بن مخلد أبو العباس الغمري، أصله أندلسي، وسكن الشرق، ألف كتاب الوجازة، توفى سنة 392 هـ، ترتيب المدارك، ص 81 / 7، شجرة النور، ص 92 / 1 .

[اختلاف الفقهاء في الأخذ بالشهادة على الخط]

ووجدت بخط بعض الشيوخ، ما نصه : وكان شيخنا ابن عرفة، وشيخنا القاضي عيسى[1]. يتوقفان على إعمال هذه الشهادة، توقف حيرة لا حكم ويقولان : لم نجد فيها نصا في المذهب، ونقل بعضهم عن الشيخ ابن عرفة أنه إذا كان الشاهد من أهل التبريز واليقظة أعملت [شهادته] وإلا فلا، انتهى بنصه انتهى.

[لا تجوز الشهادة على الخط إذا لم يكن الرسم حاضرا في المجلس]

قلت : وهو خلاف ما نعرفه، من أنها لا تجوز، لأن من شرط الشهادة (ص 174 خ) على الخط حضوره[2].

[لا يعمل بشهادة تارك الصلاة ويعمل بشهادة خديم المخزن إذا تمت تزكيته]

وسئل شيخنا سيدي أحمد القيرواني الأصل، الطرابلسي المولد والمنشأ عن شهادة تارك الصلاة، وخديم المخزن، أتقبل منهما، ويعمل عليها أم لا جوابكم ؟.

فأجاب : الحمد لله، أما تارك الصلاة، فلا يعمل بها، وأما خديم المخزن، إن كان فيه موجب لرد الشهادة يرد، وإن زكي يعمل بشهادته، والله اعلم، وكتبه أحمد بن عمر القيرواني، عفى الله عنهما، انتهى.

وفيه ما لا يخفى، على عادته حفظه الله، في أجوبته ؟ ![3].

---

(1) لم أهتد إلى معرفته .

(2) المؤلف على صواب في تعليقه، قال الإمام البرزلي : إن من شرط الخط حضوره لقيام الشهادة على عينه، فقول الشهود في وثائقهم : وقفت على رسم يقتضي الملك، لا يعول عليه.. فتاوى البرزلي، ص 63 / 4.

(3) لم أفهم ما يقصده المؤلف من هذه الملاحظة.

[مسألة شهادة الجاهل بأحكام الوضوء والغسل والصلاة الواجبة]

وسئل شيخنا محمد بن مقيل، رحمه الله، عن شهادة الجاهل بأحكام الوضوء، والغسل والصلاة الواجبة عليه، هل تقبل شهادته أم لا ؟.

فأجاب، بما نصه، بعد الصدر : ترد الشهادة مع عدم إحكام الوضوء والغسل، ونحوهما، على ما ذكره الشيخ خليل في مختصره، وأحرى إذا لم يعرف ذلك، كما صرح به الشمس التتائي، في شرحه، والله اعلم، وبه التوفيق، وكتبه العبد الفقير، محمد بن محمد بن مقيل، وفقه الله، انتهى.

[لا يسري ما ورد في المسألة السابقة في بلد عمه الجهل]

قلت : وهذا في بلد أهله يعرفون ذلك، وأما بلد عمه الجهل بذلك فتقدم أن عدول أهل كل زمان ومكان بحسبه، والله اعلم، (ص 668 ت).

[لا يشترط أن تكتب شهادة الشهود في ورقة واحدة بل التأكد من الشروط]

وله جواب : في شاهدين شهدا في حبس، كل واحد في وثيقة، نصه : حيث شهد كل من الشاهدين بما شهد به الآخر، وثبتت شهادتهما وصحت فهما شاهدان، ولا يشترط اجتماع كتبهما في ورقة واحدة، بل ينظر لثبوت الشهادة والعدالة، وتوفر شروط الحبس، والله اعلم.

[مراجعة الشيخ محمد بن مقيل للشيخ عبد الباقي الزرقاني حول قبول شهادة البائع]

وهذا نص مراجعة الشيخ محمد بن مقيل، للشيخ عبد الباقي الزرقاني الموعود به في طرة الورقة يمناه، وهو الحمد لله، يتفضل مولانا الشيخ الإمام أطال الله في عمره، لنفع الأنام، بتحقيق العلة المقتضية لبطلان شهادة الشاهد

في مسألة قول المختصر : ولا إن شهد باستحقاق، وقال : أنه بعته له[1]. فإنه حفظه الله، قد اعتمد في شرحه التعليل، بقوله : لاتهامه على رجوع المشتري عليه بالثمن لو لم يشهد، ولذلك لو بدل بيعه بوهبته له، أو تصدقت به عليه صحت، لانتفاء الرجوع عليه إن لم يشهد، انتهى.

وقد استشكل هذا التعليل على السائل من وجهين : -

أحدهما : إن ظاهره يفيد، صحة شهادة الشاهد بالاستحقاق مع قوله : بعته له، حيث كان الشاهد ممن لا رجوع عليه بالثمن (ص 175 خ) في الاستحقاق، لمعرفة المشتري صحة ملكية البائع مثلا، لأنه يصدق عليه في هذه الحالة، أنه غير متهم على رجوع المشتري عليه بالثمن، فتكون هذه الصورة على مقتضى ما اعتمده الشيخ من التعليل، مساوية لصورة ما إذا قال الشاهد : وهبته له بدل بعته، لاشتراكهما في انتفاء الرجوع بالثمن على الشاهد، وهو خلاف ظاهر كلام المختصر كغيره، لاطلاقهم القول ببطلان شهادة قائل بعته من غير تفريق بين كونه ممن يرجع عليه المشتري بالثمن، وكونه ممن لا رجوع عليه.

الوجه الثاني : إن ظاهر النقل يفيد أن قول شاهد الاستحقاق، وهبته له موافق لقول بعته له، في بطلان الشهادة معه، لا أنه مخالف له، كما هو ظاهر ما حكاه الشيخ الأجهوري عن بعض شيوخه، في مفهوم قول المختصر : بعته له وجزم به الشيخ - حفظه الله - في الشرح، فقد قرر الحطاب - رحمه الله - [في] هذا الموضع من المختصر بقوله : قال في النوادر من أوائل الجزء الثاني من الشهادات، في آخر ترجمة الرجل يشهد لغيره ولنفسه، ما نصه : -

[مسألة من شهد لرجل استحق ثوبا أنه له وهو من باعه]

سئلت عمن شهد لرجل استحق ثوبا أنه له، بعته أنا منه ؟.

(1) مختصر الشيخ خليل، ص 265.

فأجبت : بأنه لا تجوز شهادته، لأن من شهد له بشيء أنه ملكه بشرائه إياه من فلان، فلا تتم الشهادة فيه، حتى يقول : إن فلان البائع علمنا أنه يملكه، أو يحوزه حيازة المالك، حتى باعه من هذا، فهذا (ص 669 ت) البائع لم يثبت ملكه للثوب، إلا بقوله، انتهى[1].

[ثبوت ملكية المتصرف إليه فرع عن ملكية المتصرف، الواهب أو البائع]

ومن المعلوم أن ثبوت ملكية الموهوب له، فرع ملكية الواهب، كما أن ثبوت ملكية المشتري، فرع ثبوت ملكية البائع، ولذلك لا يصح أن يشهد للمشتري بالملك من مجرد الشراء، من غير معرفة ملك البائع، لأن البائع قد يكون غير مالك، كما أشار إليه في المختصر بقوله : لا بالاشتراك، وقد وقع التصريح هنالك من غير واحد، بأن مثل الشراء الهبة والصدقة، لاحتمال عدم ملكية كل من الواهب والمتصدق.

وإذا كان المقتضى لبطلان شهادة قائل : بعته، الشاهد بالاستحقاق، وهو كونه لم يثبت ملكه للشيء المستحق، إلا بقوله، كما في نقل الحطاب عن النوادر، فأي فرق يظهر على هذا بين قول الشاهد : بعته، وقوله : وهبته، مع ظهور مساواة الواهب للبائع في كون كل منهما لا يثبت ملكه، ولا تصح شهادته لنفسه.

فانظروا - حفظكم الله - ما يفيده هذا النقل من التوجيه (ص 176 خ) والتعليل، وأفيدوا أسعدكم الله ما يرفع الإشكال، أو يصح عليه التعويل، والله سبحانه وتعالى يثيبكم الثواب الجليل، بمنه وكرمه، انتهى[2].

---

(1) مواهب الجليل، للإمام الحطاب، ص 172 / 6. ولم ترد في الطبعة المحققة من النوادر والزيادات .

(2) سؤال الشيخ محمد بن مقيل للعلامة الشيخ عبد الباقي الزرقاني، يدل على تأصيل فقهي عميق ولكن المؤلف لم ينقل لنا إجابة الشيخ الزرقاني عليه، وربما لم يقف على الجواب، أو أنه لم يرد حين تأليف الكتاب، والله اعلم.

[مسألة رجل يحوز أرضا ورثها فقام عليه شخص يدعي أنها حبس بشهادة سماع]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل، رحمه الله، عن رجل حائز أرضا من جهة إرث لأمه، فقام عليه بعض الناس بحبس يمنع الأنثى، فأبطله الشرع بخطه فكتب القائم الآن حبسا بالسماع الفاشي، فهل رضي الله عنكم، إذا بطل الأصل يفيده ما كتب الآن، ويفك من يد الحائز أم لا ؟.

فأجاب : لشهادة السماع شروط من جملتها : ألا يستخرج ولا ينتزع بها من يد حائز، ومن شروطها السلامة من الريبة، وقل أن توجد شهادة سماع الآن على ما ينبغي، كما لا يخفى على العارف الممارس، والله اعلم.

[مسألة من شهد على إنسان فكذبه المشهود له، فأخذ يهدده]

وسئل عمن شهد، فسئل عن حالة إنسان ؟ فقال : قد سمعته يقول لفلان كلاما قبيحا، فلما سمع الشاهد، سأل فلانا، هل قلت لك شيئا ؟، فقال : إن قلت لي شيئا فقد نسيته، فتمزق غيظا من الكلام فيه، حرصا على إنفاذ شهادته انتهى بالمعنى ؟.

فأجاب : إن كان الأمر كما ذكر، فشهادة الرجل الموصوف، ساقطة لا يلتفت إليها، والله اعلم، وأما الفصل الثاني، فمن الواضح أنه لا يلزم من دعوى الرجل المذكور، ما شهد غيره بأنه قيل فيه، أن لا يكون ذلك قد وقع والله اعلم، انتهى.

[مسألة من لها دين على أخيها أحالته لابن ابنتها وسلمته الوثيقة]

وسئل شيخنا ابن الحاج الفاسي، عن إنسان لأخته عليه دين، كتب لها فيه وثيقة بخطه، ثم مات، فتصدقت أخته بالدين على ابن لابنتها، وحوزته الوثيقة، فطالب أبناء أخيها بذلك (ص 670 ت) فطلبوا منها يمين القضاء

فأجابتهم إلى ذلك، وأتت معهم للجامع، فامتنعوا من قبول يمينها وتعيبوا[1]. وجعلوا يماطلون إلى أن ماتت، فامتنعوا من إعطاء الدين المتصدق به عليه محتجين بأن عمتهم لا يجب لها شيء إلا بعد اليمين، وقد تصدقت بشيء قبل وجوبه، وقد فات التدارك بموتها، فهل لهم ذلك، أو يحلف المتصدق [عليه] على علمه، ويأخذ ما تصدق به عليه؟، وكيف لو اقبضوه شيئا من الدين قبل موت عمتهم، وأرادوا الرجوع فيه؟.

فأجاب: الحمد لله، إذا لم يفهم من أبناء الأخ المدين التسليم لعمتهم رتب الدين المتصدقة به في يمين القضاء، وإسقاطها حين امتنعوا من تحليفها فالظاهر والله اعلم ـ حلف المتصدق عليه، قياسا على فرع نقله الشيخ سيدي ميارة في شرح التحفة، فقال: من اشترى شيئا ووهبه، فأنكر البائع البيع، فشهد للمشتري (ص 177 خ) شاهد واحد، فاليمين التي مع الشاهد، على الموهوب له، لا على المشتري، لأن من حجته أن يقول: لا أحلف وينتفع غيري، قاله أبو الحسن الصغير في بعض فتاويه، انتهى.

[مسألة رجل أقر أنه لا حق له في دين، أيحلف المقر أو المقر له]

وكذا نقل، رحمه الله تعالى، أيضا في شرح لامية الزقاق، ما نصه: قال ابن الحاج: رجل أقر في دين أنه لا حق له فيه مع فلان، وتوجهت يمين القضاء، فأفتيت بأن يحلف المقر له، لأنه صاحب الدين، وذهب ابن حمدين وأصبغ بن محمد، إلى أن يحلف المقر، وقال ابن رشد: إن كان وهب الدين فإنه يحلف الواهب، وإن كان أقر أنه لفلان دونه، فإنه يحلف المقر والمقر له جميعا، انتهى.

[يشترط فيمن يشهد على الخط أن يعرفه معرفة تامة لا شك فيها]

وسئل الشيخ محمد بن مقيل عن الأحباس القديمة التي لا يعرف خطها هل يعمل بها أم لا؟،

(1) ربما يقصد بالكلمة، قولهم عيب علينا أن نقوم بتحليف عمتنا في دين، والله اعلم.

فأجاب بما نصه، بعد الصدر : من شرط العمل بالخط أن يعرفه، معرفة تامة لاشك فيها، ولا يقبل ذلك، إلا من الفطن العارف بالخطوط وممارستها فإذا لم يعرف، لم يعمل به ولا يعول عليه، ويكون كالعدم، والله اعلم[1].

[انتهى المجلد الرابع ويليه المجلد الخامس وأوله مسائل الحيازة]

(1) في الأصل بياض هنا قدر ورقتين في الكامل وربع صفحة، طرة في نسخة (خ) ص 177.

فهرس المجلد الرابع